

للإمام العلامة المتقن المحدث الفقيه اللغوي

كمال الدين أبي البقاء محمد بن موسى بن عيسى الدميري

رحمه الله تعالى

(٧٤٢ - ٨٠٨ هـ)

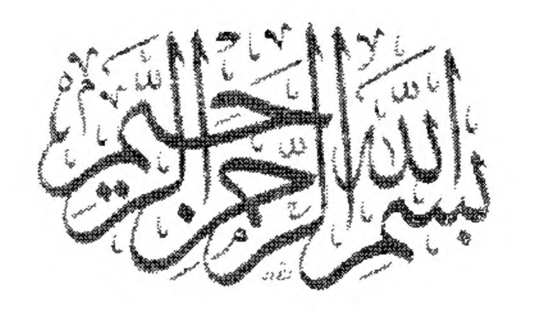
المجلد الرابع

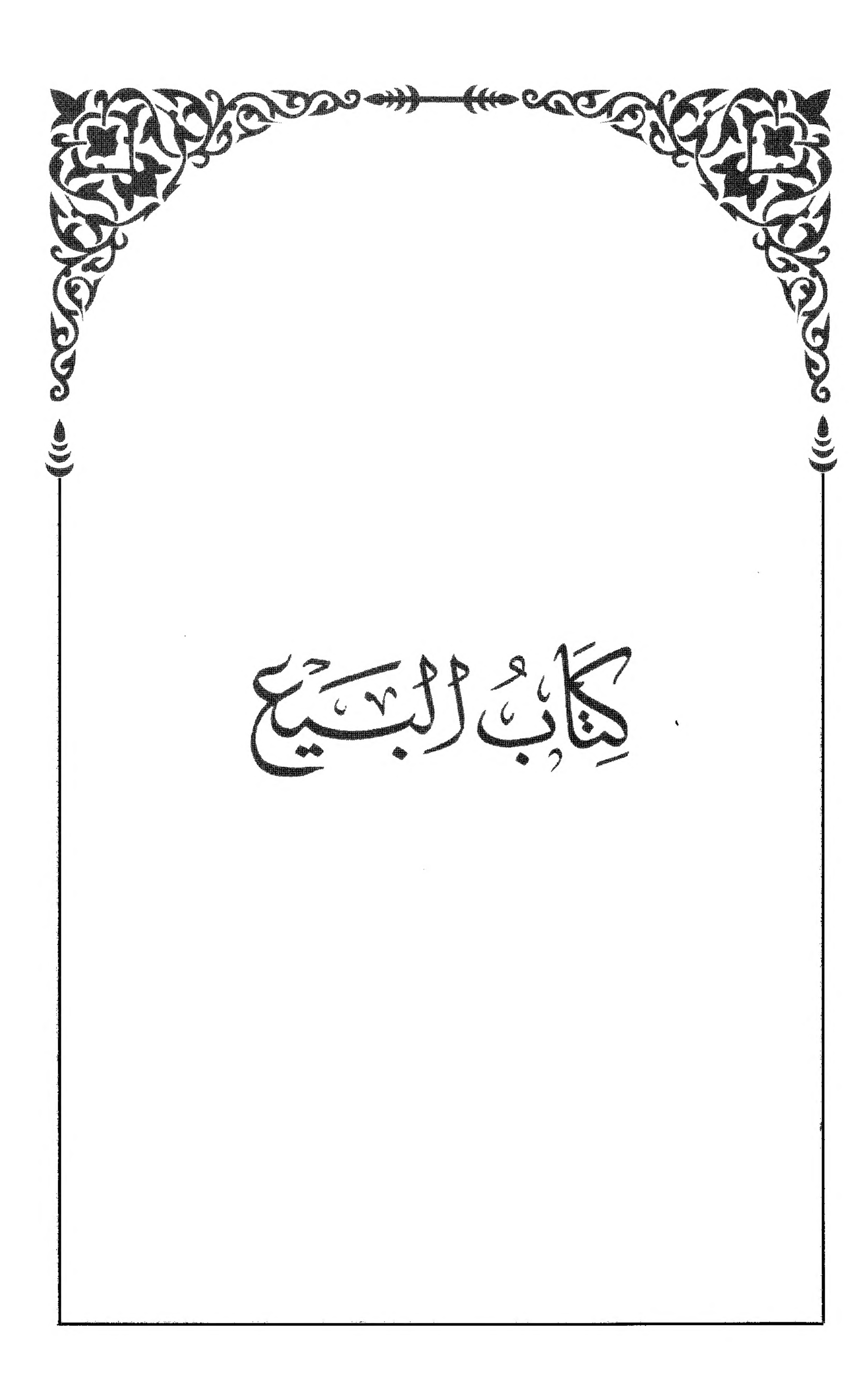
البيع - الرهن - السلم - التفليس

دار المنهاج

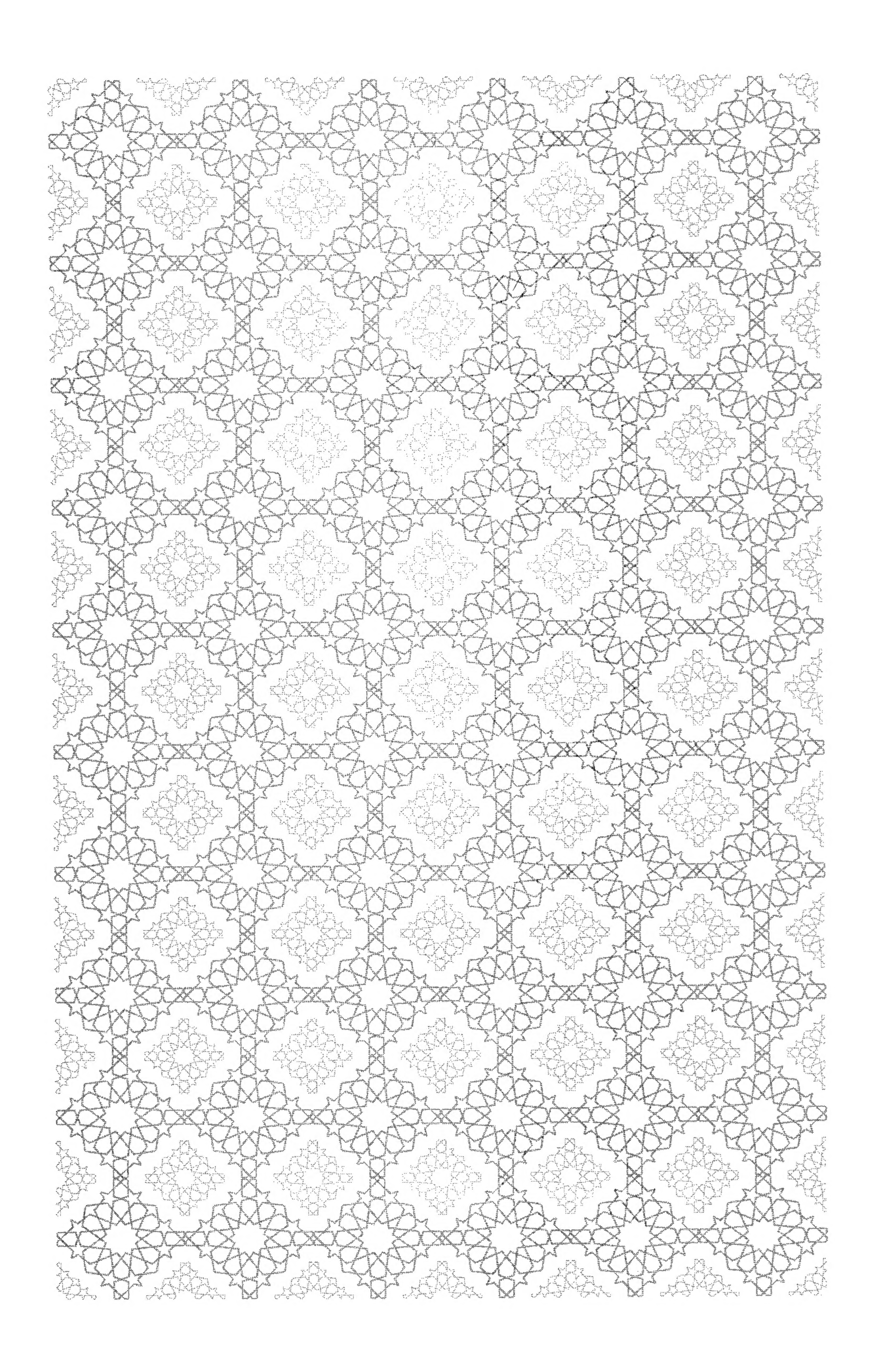
الطبعة الأولى
١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م


النجم الوهاج
في شرح المنهاج





كتاب البيع



كِتَابُ ٱلْبَيْعِ

كتاب البيع

لما انتهىٰ من ربع العبادات المقصود بها التحصيل الأخروي ، وهي أهم ما خلق لها الإنسان . . أعقبه بربع المعاملات المقصود منها التحصيل الدنيوي ؛ ليكون سبباً للأخروي ؛ وأخر عنهما ربع النكاح ؛ لأن شهوته متأخرة عن شهوة البطن ، وأخر ربع الجنايات والمخاصمات ؛ لأن ذلك غالباً إنما يكون بعد شهوتي البطن والفرج ، وأفرد لفظه ؛ اقتداء بالآية الآتية ، وطرداً للقاعدة السابقة في (الطهارة) و(الصلاة) و(الزكاة) و(الصوم) .

و(البيع) في اللغة : بذل شيء في مقابلة شيء .

قال الشاعر [من البسيط] :

ما بعتكم مهجتي إلا بوصلكمُ ... ولا أسلمها إلا يداً بيد

وفي الشرع : نقل ملك إلى الغير .

والشراء : قبوله .

ويطلق كل منهما على الآخر ، وتقول العرب : بعت بمعنى اشتريت ، وجاء شرىٰ بمعنىٰ باع ، قال الله تعالىٰ : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾ .

وقال عز وجل : ﴿ وَلَبِئْسَ مَا شَرَوْا بِهِۦٓ أَنفُسَهُمْ ﴾ .

قيل : وسمي بيعاً ؛ لأن البائع يمد باعه إلى المشتري حالة العقد عادة ، وضُعِّفَ بأن البيع من ذوات الياء ، تقول : باع يبيع بيعاً ، والباع واوي ، تقول : بعته أبوعه بوعاً .

وفي هـٰذا التضعيف نظر ؛ فإن بعض المتأخرين حكىٰ جواز اشتقاق ذوات الواو من ذوات الياء وبالعكس .

والأصل في مشروعيته قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ﴾ .

. . . .

وقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ .

ورجح الشافعي رضي الله عنه والأصحاب : أن الآية عامة في كل بيع إلا ما خص بالسنة ، ونقل عنه : أنها مجملة والسنة مبينة لها .

وتظهر فائدة القول[1] فيما إذا اختلف في مسألة في البيع : أحلال هي أم حرام ؟ فإن قلنا : عامة . . جاز أن يستدل بها عليها ، وإلا . . فلا .

وسئل صلى الله عليه وسلم : أي الكسب أطيب؟ فقال : « عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور » رواه الحاكم [٢/ ١٠] عن رافع بن خديج رضي الله عنه .

وصح : (أن النبي صلى الله عليه وسلم اتجر لخديجة رضي الله عنها)[2] .

وكان أبو بكر تاجراً في البز ، وعمر في الطعام ، وعثمان في البر والتمر ، والعباس في العطر رضي الله عنهم .

والبيوع ثلاثة أنواع :

بيع أعيان موجودة ، وهو المراد هنا .

وبيع أعيان في الذمة ، وهي المرادة بـ(كتاب السلم) .

وبيع منافع ، وهي الإجارة .

وأحكام البيع ثلاثة : الصحة ، واللزوم ، وانتقال الملك .

فأما الصحة . . فتثبت مقارنة لآخر حرف من قول المشتري على الأصح .

وقيل : عقبه .

واللزوم يتوقف على انقضاء الخيار .

والملك إباحة الانتفاع كما سيأتي في أول (باب إحياء الموات) .

---

(١) في (ج) : (فائدة الخلاف) .

(٢) « دلائل النبوة » للأصبهاني (١/ ٢٣٢) ، وابن هشام (١/ ١٨٨) ، و« تاريخ الطبري » (١/ ٥٢١) .

شَرْطُهُ : ٱلْإِيجَابُ ؛ . . . .

قال : (**شرطه : الإيجاب**) أي : لفظاً علىٰ وجه الجزم بأي لغة كان ، عرف العربية أم لا ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ .

وروى ابن حبان [٤٩٦٧] وابن ماجه [٢١٨٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إنما البيع عن تراض » .

والرضا أمر خفي لا يطلع عليه ، فوجب أن يناط الحكم بسبب ظاهر يدل عليه ، وهو الصيغة .

والمذهب : اشتراط ذلك في كل شيء .

وعن ابن سريج تخريج قول : إنه يكتفىٰ في المحقرات بالمعاطاة .

واختار ابن الصباغ والمتولي والبغوي والمصنف والشيخ الاكتفاء بها فيما يعده الناس بيعاً ، ومثلوا المحقرات بالباقة من البقل ، والرطل من الخبز ، ومنهم من مثلها بما دون نصاب السرقة . والأشبه : اتباع العرف .

وحيث أبطلنا بيع المعاطاة . . ففي حكم ما أخذ بها وجهان :

أحدهما : أنه إباحة .

وأصحهما : أنه كالمقبوض بعقد فاسد فيجب رده أو بدله إن تلف ، ولكل مطالبة الآخر .

وقيل : يسقط من ذمتهما بالتراضي ، وهو ضعيف .

وقال ابن أبي عصرون : لا مطالبة لهما في الآخرة .

ومراد المصنف بـ(الشرط) : ما لا بد منه ؛ لأن الغزالي جعل الصيغة ركناً .

ويستثنىٰ من إطلاقه البيع الضمني ، كقوله : أعتق عبدك عني ؛ فإنه يكتفىٰ فيه بالالتماس والجواب .

وشمل إطلاقه : ما إذا باع الأب أو الجد مال ابنه الصغير من نفسه أو اشترىٰ منه .

والأصح : لا بد فيه من الصيغة كما سيأتي .

وعلى الأصح : لا يكفي التوكيل .

والأصح : أن الهازل كغيره اعتباراً باللفظ لا بالقصد .

وكان ينبغي للمصنف أن يقدم الكلام على العاقد والمعقود عليه على الكلام على الصيغة ؛ لتقدمهما عليها طبعاً[1] .

فرع :

جرت عادته أن يأخذ من بياع ثم يحاسبه بعد مدة ويعطيه كما يفعله كثير من الناس . . قال في « شرح المهذب » : إنه باطل بالإجماع ، وسامح فيه في « الإحياء » ، وجوزه ابن الصلاح بشرط أن يقرر ما يأخذه كل يوم ولا يؤخر تقريره إلىٰ يوم الحساب .

قال : (**كبعتك وملَّكتك**) هـٰذان صريحان في البيع لاشتهارهما فيه وتكررهما علىٰ لسان حملة الشريعة .

وأشار بـ(كاف التشبيه) إلىٰ أن الصريح لا ينحصر في هاتين اللفظتين ، بل ينعقد بكل ما أشبه ذلك ، كشريت منك هـٰذا ، وصارفتك ـ في عقد الصرف ـ ووليتك[2] هـٰذا العقد ، وأشركتك معي فيه نصفين .

ولو اتصل بهـٰذه الصيغ كلها لفظة (قد) كقوله : قد بعتك ، وقد ملكتك . . لم يضر .

وعبارة « المحرر » : كبعتك أو ملكتك ، وهي أحسن ؛ لأنها تدل على الاكتفاء بأحدهما بخلاف تعبير المصنف .

وضابط الإيجاب : كل لفظ يدل على التمليك بعوض دلالة ظاهرة .

---

(١) في هامش (ك) : (فيه نظر ؛ إذ ليس المقصود منه العاقد إلا بعد [اعتبار] كونه عاقداً ، وإنما يعد كذلك بعد إتيانه العقد ، فليتأمل) .

(٢) في هامش (ك) : (الواو في كلامه بمعنىٰ « أو » بل ذكر أنها في التقسيم أجود من « أو ») .

وفي وجه : أنه لا يصح بلفظ التمليك ، وصححه الماوردي ؛ لأن التمليك من أحكام البيع فاحتاج إلىٰ تقديم العقد ليتعقبه التمليك ، ولأنه يحتمل الهبة بعوض فصار مجملاً ، ولذلك صرح الرافعي في (باب الخلع) بأن ملكت صريح ، وأشار ابن الرفعة إلىٰ أنه كناية على المذهب .

وفهم من عبارة المصنف : أنه لا بد من إسناد البيع إلىٰ جملة المخاطب ولو كان نائباً عن غيره ، فلو قال : بعته ليدك أو لنصفك . . لم يصح .

قال : (**والقبول**) وهو : كل لفظ يدل على التمليك دلالة ظاهرة .

قال الإمام : هو على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به .

قال : (**كاشتريت وتملكت وقبلت**) فلو اقتصر علىٰ قوله : (قبلت) . . صح في الأصح ، بخلاف النكاح ؛ فإنه لا بد أن يقول : قبلت نكاحها في الأصح .

ومن ألفاظ القبول : (رضيت) كما صرح به القاضي والروياني في (باب الرهن) ، وشملت عبارته : ما لو باع ما له لطفله .

والأصح : أنه لا بد فيه من الإيجاب والقبول .

وقيل : يكفي أحدهما .

وقيل : ينعقد بالنية وحدها ؛ لأن اللفظ إنما اعتبر لمعرفة ما في القلب لا للتعبد ، وهو ظاهر .

وسكت المصنف عن صيغة الثمن ؛ لوضوح اشتراط أنه لا بد من ذكره ، وله ألفاظ :

منها : أن يقول : بكذا ، وهي الأصل .

ومنها : علىٰ أن تعطيني كذا ، كما جزم به الرافعي في (الصداق)[1] ، وأسقطه من « الروضة » .

ومنها : ولك علي كذا ، أو ولي عليك كذا .

ومنها : قوله : علي ألف .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَجُوزُ تَقْدِيمُ لَفْظِ ٱلْمُشْتَرِي . فَلَوْ قَالَ : بِعْنِي ، فَقَالَ : بِعْتُكَ . . ٱنْعَقَدَ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَيَنْعَقِدُ بِٱلْكِنَايَةِ ـ كَجَعَلْتُهُ لَكَ بِكَذَا ـ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

فرع :

السمسار ـ بسينين مهملتين ـ إذا قال للبائع : بعت ، فقال : نعم ، وقال للمشتري : اشتريت ، فقال : نعم . . صح في الأصح وإن لم يتخاطبا .

أما إذا قال له : بعتك ، فقال : نعم ، أو قال : بعتك أقبلت ؟ فقال : نعم . . فقال الرافعي في (كتاب النكاح) : يصح ، وفي « النهاية » في (كتاب الإقرار) : لا يكون قبولاً .

قال : (**ويجوز تقديم لفظ المشتري**) أي : علىٰ لفظ البائع ؛ لحصول المقصود بذلك ، هٰذا في غير (قبلت) و(نعم) إذا صححنا القبول بهما .

قال : (**فلو قال : بعني ، فقال : بعتك . . انعقد في الأظهر**) ؛ لأن المقصود وجود لفظ دال على الرضا بموجب العقد وقد حصل ، فصح به كالنكاح .

وفي « صحيح مسلم » [١٧٥٥] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسلمة بن الأكوع رضي الله عنه في جارية : « هب لي المرأة » قال : هي لك) وهو يدل على انعقاد الهبة بالاستيجاب والإيجاب فالبيع أولىٰ .

والثاني : لا ينعقد إلا أن يقول بعد ذلك : اشتريت ، أو قبلت ؛ لأنه قد يقول ذلك استبانة للرغبة ، والصحيح : أن الخلاف وجهان .

وفي نظير المسألة في النكاح قولان : الأصح باتفاقهم : الانعقاد .

وقول البائع : اشتر مني ، كقوله : بعني على الصحيح .

ولو قال : اشتريت منك ، فقال : بعتك . . انعقد إجماعاً .

قال : (**وينعقد بالكناية ـ كجعلته لك بكذا ـ في الأصح**) ؛ لما تقدم من حديث سلمة رضي الله عنه .

وفي « صحيح مسلم » [٧١٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال لجابر رضي الله عنه : « أتبيعني جملك بأوقية » قال : هو لك بها ، قال : « قد أخذته » .

ولا بد معها من النية ، والصريح لا يحتاج إليها .

قال الأصحاب : كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية ، وما لا يستقل به الشخص بل يفتقر إلى الإيجاب والقبول ضربان :

أحدهما : ما يشترط فيه الإشهاد كالنكاح .

وبيع الوكيل المشروط فيه ذلك لا ينعقد بالكناية ؛ لأن الشاهد لا مطلع له عليها[1] .

والثاني : ما لا يشترط فيه الإشهاد ، وهو نوعان :

أحدهما : ما يقبل مقصوده التعليق بالغرر[2] ، فيصح بالكناية مع النية ، كالكتابة والخلع والصلح عن دم العمد ؛ فإنه يستقل بمقصوده ، وهو العتق والطلاق والعفو .

و[الثاني] : إن لم يقبله كالبيع والإجارة ونحوهما . . ففيه الوجهان المذكوران في الكتاب .

وفي « الشرح » و« الروضة » و« شرح المهذب » ـ نقلاً عن الإمام من غير اعتراض عليه ـ : أن محل الخلاف فيما إذا عدمت القرائن ، فإن حصلت وأفادت التفاهم . . وجب القطع بالصحة .

فكلام المصنف محمول علىٰ غير البيع المشروط فيه الإشهاد والذي لم تحتف به قرائن تفيد إرادة البيع .

ومن الكنايات أن يقول : خذه ، أو تسلمه ، وكذا : سلطتك عليه ، على الأصح .

---

(١) في هامش (ك) : (نعم ؛ إن توفرت القرائن عليه في الثانية . . قال الغزالي : فالظاهر : انعقاده ، وأقره عليه في « الروضة » [٣/٣٣٩] وهو الأصح) .

(٢) هـٰذه الكلمة زيادة من (ز) ، وهي فيها (بالغرو) ، والتصويب من « الروضة » (٣/ ٣٤٠) .

. . . .

فروع :

الأول : كتب إلىٰ غائب بالبيع أو غيره من عقود المعاوضات . . انعقد على الأصح ، خلافاً لصاحب « المهذب » .

وشرطه : أن يقبل المكتوب إليه عند وقوفه على الكتاب .

وفي وجه بعيد : لا يشترط الفور ، ويكفي التواصل اللائق بين الكتابين .

وإذا قبل المكتوب إليه . . فله خيار المجلس ما دام فيه ، ويتمادىٰ خيار الكاتب إلىٰ أن ينقطع خيار المكتوب إليه .

ولو تبايع حاضران بالمكاتبة وجوزناها في الغيبة . . فهٰهنا وجهان لم يرجح الشيخان منهما شيئاً .

وقال الشيخ : ينبغي أن يكون أصحهما : الصحة[1] .

وحكم الكتْب في القرطاس والرق واللوح والأرض والنقش على الخشب والحجر . . واحد ، ولا أثر لرسم الأحرف في الماء والهواء على الصحيح كما سيأتي في (الطلاق) .

الثاني : في « فتاوى الغزالي » : لو قال : بعني ، فقال : باعك الله ، أو بارك الله لك فيه ، أو قال في الإقالة : أقالك الله ، أو قد رده الله عليك . . فهو كناية يصح به البيع والإقالة إن نواهما ، وإلا . . فلا .

الثالث : قال البائع : بعتك هٰذا بكذا ، فقال المشتري : اشتريته ولم يسمع البائع كلامه . . قال البغوي : إن قاله بحيث يسمعه من بقربه . . صح[2] ، وإلا . . فلا ، كما لو حلف لا يكلم فلاناً .

الرابع : قال : أنا بائع منك هٰذا بكذا، أو هٰذا مبيع منك بكذا . . قال القمولي : لم

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيُشْتَرَطُ : أَنْ لاَ يَطُولَ ٱلْفَصلُ بَيْنَ لَفْظَيْهِمَا ، وَأَنْ يَقْبَلَ عَلَىٰ وَفْقِ ٱلإِيجَابِ ، فَلَوْ قَالَ : بِعْتُكَ بِأَلْفٍ مُكَسَّرَةٍ ، فَقَالَ : قَبِلْتُ بِأَلْفٍ صَحِيحَةٍ . . لَمْ يَصِحَّ . . . . . .

أظفر فيه بنقل ، ويحتمل أنهما صريحان ، وهو أقرب[1] ، ويحتمل خلافه[2] .

قال : (**ويشترط : أن لا يطول الفصل بين لفظيهما**) ؛ لأنه إذا طال أخرج الثاني عن كونه جواباً ، وضابط الطول ما أشعر بالإعراض .

وقيل : يكفي وقوع القبول في مجلس الإيجاب .

وكان الأحسن أن يقول : (بين الإيجاب والقبول) ؛ لئلا ترد الكتابة وإشارة الأخرس .

ويشترط أيضاً : أن لا يتخلل بينهما كلام أجنبي عن العقد ولو كان يسيراً ، كما صرح به في « شرح المهذب » حيث قال : ولو تخللت كلمة أجنبية . . بطل العقد ، لـٰكنهما ذكرا في (كتاب الطلاق) عن الإمام : أنه لا ينقطع الإيجاب والقبول بتخلل كلام يسير على الأصح .

ويشترط أيضاً : أن لا يتغير الإيجاب قبل القبول ، فلو أوجب بثمن مؤجل ، أو علىٰ أن للمشتري الخيار ، ثم أسقط الأجل أو الخيار قبل القبول ، أو جعل الثمن حالاً . . لم يصح .

ويشترط في الطلاق : أن يقصد اللفظ للمعنىٰ ، ولا بد من ذلك هنا كما سيأتي تقريره في (الطلاق) .

قال : (**وأن يقبل علىٰ وفق الإيجاب**) في القدر والنقد وصفته والحلول والأجل ، أما التوافق في اللفظ . . فلا يشترط ، فيجوز أن يقول : بعتك بألف ، فيقول : اشتريت ، أو تملكت ، وما أشبهه .

قال : (**فلو قال : بعتك بألف مكسرة ، فقال : قبلت بألف صحيحة . . لم يصح**) ؛ لأنه قبل غير ما أوجبه البائع ، ونبه بذلك علىٰ أنه لا يصح عكسه من باب

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ت) : (قلت : نقل ابن الملقن في « العمدة » : أنه لا يصح ، وعزاه إلى ابن عبد السلام) .

أولىٰ ، ونقل الشيخان عن « فتاوى القفال » : أنه لو قال : بعتك بألف درهم ، فقال : قبلت بألف وخمس مئة . . صح ، واستغرباه .

لا جرم أن الرافعي في الباب الثاني من (الوكالة) وفي (كتاب الخلع) جزم في المسألة بالبطلان ، وهو المعتمد .

وقال في « شرح المهذب » هنا : الظاهر فساد العقد ، وبه جزم الماوردي والهروي والإمام والقاضي حسين ، وإذا صححناه فبـ(الألف) فقط ، ويلغو قوله : خمس مئة ، كما أشار إليه الإمام وغيره .

ولو قال : بعتك كذا بألف ، فقال : قبلت نصفه بخمس مئة ونصفه بخمس مئة . . قال المتولي : يصح[1] ؛ لأنه تصريح بمقتضى الإطلاق ، واستشكله الرافعي بأن تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة ، فكأن البائع أوجب بيعة والمشتري قبل بيعتين .

قال المصنف : وهو كما قال ، لٰكن الظاهر الصحة .

وكذا لو باعه عبدين بألف فقبل أحدهما بخمس مئة[2] .

ولو قال : بعتك هٰذه الدار بألف علىٰ أن لي نصفها . . صح ، كما لو قال : بعتك نصفها .

وقال محمد بن الحسن : لا يصح .

قال الهروي : وهٰذا محتمل ويشترط في الصيغة التنجيز ، فلو قال : بعتك هٰذا بألف إن شئت ، فقال : شئت . . لم ينعقد خلافاً للمتولي ، ولو قال : اشتريت ، أو نحوه . . فالأصح الانعقاد ، ولو قال : اشتريت منك هٰذا بكذا ، فقال : بعتك إن شئت . . لم يصح ؛ لأن التعليق يستدعي مشيئة جديدة ، صرح به الإمام والغزالي في (باب الإقرار) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هٰذا معطوف على قوله أولاً : « الظاهر فساد العقد » ، ولا وجه للصحة) .

ويشترط بقاء أهليتهما إلى القبول ، فلو جن أحدهما ، أو أغمي عليه ، أو حجر عليه بسفه قبل وجود الشق الآخر . . بطل .

وعن الداركي : أنه لو أوجب ثم مات ووارثه حاضر في المجلس فقبل . . صح .

وقال الماوردي : إنه خلاف الإجماع .

قال : (**وإشارة الأخرس**) أي : المفهومة (**بالعقد كالنطق**) ؛ للضرورة ، وكذا كتابته ؛ لأن ذلك يدل علىٰ ما في فؤاده كما يدل عليه النطق من الناطق ، ولا حاجة إلىٰ قوله : (بالعقد) ؛ لأن الفسخ والدعاوىٰ والإقرار وغير ذلك كذلك ، والمصنف أعادها في (الطلاق) وضم الحل إلى العقد .

واحترز بـ(العقد) عن إشارته في الشهادات والصلاة والحنث في الحلف على الكلام ؛ فإنها ليست كنطقه على الأصح .

أما إشارة الناطق . . فلا تعتبر ، خلافاً للمتولي ؛ فإنه قال : إذا قال : أنت طالق إن شاء زيد ، فأشار زيد بالرضا . . يقع ، وخالفه الجمهور .

قال : (**وشرط العاقد : الرشد**) ، فلا ينعقد بيع الصبي والمجنون والسفيه وإن أذن الولي ووافق الغبطة ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث . . . » الحديث رواه الترمذي [١٤٢٣] .

وفي وجه : يصح من الصبي في حال اختبار رشده .

وعبر في « المحرر » بالتكليف ، وأورد عليه في « الدقائق » السكران ؛ فإنه يصح بيعه على المذهب مع أنه غير مكلف[١] ، والسفيه والمكره بغير حق ؛ فإنهما مكلفان ولا يصح بيعهما .

قال : ولا يرد شيء منهما على « المنهاج » ، وقد علم أن السكران عند الفقهاء مكلف كما نص عليه الشافعي رضي الله عنه[٢] ، فلا يرد علىٰ قيد التكليف .

---

(١) في هامش (ك) : (على الأصح) .

(٢) في هامش (ك) : (الأصح : خلافه) .

لـٰكن يرد علىٰ طرد « الكتاب » وعكسه صور :

منها : الأعمىٰ ، فلا تصح معظم عقوده كما سيأتي .

ومنها : لو سفه بعد رشده ولم يعد الحجر عليه . . صح بيعه وشراؤه وغيرهما على الأصح إلا أن يعاد الحجر عليه .

ومنها : لو عقد الذمة لنفسه والتزم الجزية . . لزم وليس لوليه منعه ، قاله في « المعتمد » في (السير) .

ولو وجب عليه القصاص فصالح منه علىٰ شيء من ماله . . صح .

ومنها : لو اشترىٰ حال حاجته إلى المطاعم ونحوها ، وامتنع الولي ، وعسرت مراجعة الحاكم ، وانتهى الأمر إلى الضرورة . . قال الإمام : فالوجه : القطع بتجويز تصرفاته علىٰ حسب الضرورة .

ومنها : لو آجر نفسه بما له التبرع به من منافع بدنه . . صح عند الماوردي والروياني ، كما صحح[1] أنه لو أذن له في بيع شيء معين وقدر الثمن . . صح[2] .

ومنها : لو أذن لعبده في التجارة . . فقضية إطلاق الجمهور : الجزم بصحة تصرفاته مع السفه .

وقيد صاحب « التنبيه » والجرجاني في « التحرير » الجواز بالرشد[3] ، ولا يعرف لغيرهما .

قال : (**قلت : وعدم الإكراه بغير حق**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ .

ولا أثر لقول المكره بغير حق إلا في الصلاة فتبطل به في الأصح ، ولا لفعله إلا في الرضاع ، والحدث ، والتحول عن القبلة ، وترك القيام في الفريضة مع القدرة ،

---

(١) في هامش (ج) : (أي : الماوردي كما في كلام الأذرعي) .
وفي هامش (ك) : (نسخة : صححا) .

(٢) في هامش (ك) : (الأصح : عدم الصحة) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

وكذلك القتل ونحوه في الأصح ، وكل هـٰذا يأتي في (الطلاق) إن شاء الله تعالىٰ .

ويرد على الأول : ما لو أكرهه علىٰ طلاق زوجة نفسه ، أو بيع ماله ، أو عتق عبده ، وما أشبه ذلك ، فإنه ينفذ كما سيأتي في (الطلاق) إن شاء الله تعالىٰ .

وأما الثاني . . فيرد عليه صور :

منها : لو أكرهه علىٰ إتلاف مال الغير ، أو أكله ، أو تسلم الوديعة . . ضمن الجميع .

ومنها : لو أكره مجوسي مسلماً علىٰ ذبح شاة ، أو محرم حلالاً علىٰ ذبح صيد ، فذبحا . . حل ، وكذا لو أكرهه المجوسي علىٰ رمي صيد ففعل . . حل .

وذكر الرافعي تفقهاً : أنه لو أكره مسلم مسلماً على الذبح . . حل .

ومنها : لو أكرهه علىٰ غسل ميت لم يتوجه عليه غسله فغسله . . صح .

ولو أكره علىٰ وطء زوجته أو أمته فأحبلها . . صح له وللزوجة الإحصان ، واستقر به المهر ، وأمية الولد ، وأحل الزوجة للمطلق ثلاثاً فيما يظهر في جميع ذلك .

ومنها : لو حضر المحرم عرفة مكرهاً . . صح وقوفه .

واحترز عن المكره بحق ؛ فيصح بيعه ؛ إقامة لرضا الشرع مقام رضاه ، كمن عليه دين وامتنع من الوفاء والبيع ، فإن شاء القاضي . . باع ماله بغير إذنه لوفاء الدين ، وإن شاء . . عزره وحبسه إلىٰ أن يبيعه ، وكذلك من أمر عبده بالبيع فامتنع فأكرهه . . فإنه يصح ؛ لأنه من الاستخدام الواجب .

فرع :

يصح بيع المصادر وبيع التلجئة على الأصح فيهما[1] .

---

(١) في هامش (ج) : (التلجئة : بالتاء المثناة والجيم ، وصورته : أن يخاف غَصْب ماله ، أو الإكراه على بيعه ، فيلجأ إلىٰ إنسان فيتفق معه على صدور لفظ الإيجاب والقبول لا لحقيقة البيع ، ولـٰكن لدفع التغلب عليه ، ثم يبيعه بيعاً مطلقاً ، وفيه وجهان : أصحهما : الصحة اعتباراً بالوضع) اهـ ، والله أعلم .

وَلاَ يَصِحُّ شِرَاءُ ٱلْكَافِرِ ٱلْمُصْحَفَ وَٱلْمُسْلِمَ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

و(التلجئة) : أن يخاف من ظالم علىٰ ماله ، فيقول لصديقه : أبيعك مالي علىٰ أن ترده علي إذا أمنته . وهم يسمونه : بيع الأمانة ، وجزم في « الشامل » بصحته[1] .

وقال الشيخ أبو نصر : إن كان له مال غير الذي باعه . . صح البيع ، وإلا . . فوجهان .

قال الوزير[2] ابن هبيرة : رأيت بخط ابن عقيل الحنبلي : أن بعض عمال كسرىٰ أراد أن يجري نهراً ، فكتب إليه : أنه لا يجري إلا في بيت لعجوز ، فأمر أن يشترىٰ منها ، فضوعف لها الثمن فلم تقبل ، فكتب كسرىٰ أن خذوا بيتها ؛ فإن المصالح الكليات تغتفر فيها المفاسد الجزئيات .

قال ابن عقيل : وجدت هـٰذا صحيحاً ؛ فإن الله ـ وهو الحكم العدل ـ يبعث المطر والشمس ، وإن كان الحكيم القادر لم يراع نوادر المضار لعموم المنافع . . فغيره أولىٰ . وفي الاستدلال بهـٰذا نظر لا يخفىٰ .

قال : (**ولا يصح شراء الكافر المصحف والمسلم في الأظهر**) ؛ لما في شراء المصحف من الامتهان وفي المسلم من الإذلال .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : يصح ؛ لأن الشراء سبب من أسباب الملك فيملكهما ، قياساً على الإرث ، ولـٰكن يؤمر بإزالة الملك عنهما .

وعلىٰ هـٰذا : ينصب القاضي من يقبضه ، وقيل : يمكنه من قبضه ، وقيل : يأمره بالتوكيل .

ولو قبضه بغير إذن القاضي . . صح ؛ لأن التفريع علىٰ صحة البيع ، والقولان جاريان في تملكه بالهبة والوصية والسلم .

والصحيح : أن كتب الحديث وآثار الصالحين كالمصحف ، وجعل صاحب « البيان » كتب الفقه كذلك ؛ تعظيماً للعلم[3] .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : حيث لم يشترط ذلك في صلب العقد) .
(٢) في (ز) : (أبو بكر) .
(٣) في هامش (ك) : (أي : إذا كان فيها آثار السلف) .

. . . .

وشذ الماوردي فجزم بجواز بيع كتب الحديث والفقه من الكافر ، والخلاف في الصحة ، أما الجواز . . فلا يجوز قطعاً .

وحكم البعض[١] منهما[٢] حكم الكامل .

وفي صحة ارتهان العبد المسلم من الكافر واستئجاره منه علىٰ عمل يعمله بنفسه وجهان : أصحهما : الصحة ، لٰكن يكره ويؤمر بإزالة الملك عن منافعه على الأصح في « شرح المهذب » .

وأما ما اشتراه فأسلم . . فإنه يجبر علىٰ إزالته بلا نزاع ، إما ببيع ، أو هبة ونحوهما ، وكذلك الوقف كما صرح به الصيمري ، لٰكن لو وقفه علىٰ ذمي يتجه : أنه لا يكفي[٣] .

وصحح الماوردي إجارته علىٰ عمل ينفرد به ، وأبطلها علىٰ ما يعمله عند المستأجر كالخدمة .

أما إجارته على الذمة . . فلا خلاف في جوازها ، ويجوز إيداعه عنده قطعاً ؛ إذ لا ملك ولا منفعة ولا حق لازم ، واستشكله الشيخ إذا كان صغيراً ، قال : والذي لا أشك فيه أنه لا يجوز إيداع المصحف عنده[٤] ، وسيأتي في بابها إن شاء الله تعالىٰ .

وأما إعارته[٥] منه . . فقطع الرافعي بجوازها وكراهتها ، وفي « التنبيه » : أنها حرام ، وهو وجه ضعيف .

وإذا اشترى المسلم عبداً مسلماً لكافر بإذنه . . لم يصح إن صرح بالسفارة ، وإن نواها . . وقع للوكيل ، وإن اشتراه كافر لمسلم بإذنه ، فإن صرح بالسفارة . . صح[٦] .

---

(١) في غير (ك) : (المبعض) .
(٢) في (ج) : (منها) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) في هامش (ك) : (أي : الرقيق) .
(٦) في هامش (ك) : (وكذا إن لم يصرح بالسفارة) .

. . . .

والأصح في « شرح المهذب » : أن المرتد لا يباع لكافر ؛ لبقاء علقة الإسلام[1] .

تنبيه :

أفهمت عبارة المصنف جواز تملك الكافر العبد والأمة الكافرين ، وهو الذي أطلقه الأصحاب .

وقال ابن الصلاح : التحقيق التفصيل ، فإن كان المملوك كافراً كفراً لا يقر أهله عليه كالتركي .. لم يجز أن يتملكه ، وإن كان يقر عليه كالتهود والتنصر .. جاز ، قال : ولا ينبغي تمكين الكافر من ابتياع[2] مملوك فارهٍ ترفهاً ، كما يمنع من ركوب الخيل وبالسرج .

و(الشراء) يمد ويقصر ، والأفصح مده ، وجمعه أشرية ، كرداء وأردية ، وسقاء وأسقية ، وكساء وأكسية .

و(المصحف) مثلث الميم ، كما تقدم في (باب الأحداث) .

فرع :

يجوز بيع المصحف من المسلم ، وإجارته ، ونسخه بالأجرة ، وقد قيل : الثمن يتوجه إلى الدفتين لا إلىٰ كلام الله عزّ وجل .

---

(١) في هامش (ج) : (وإن اقتضىٰ كلام « الروضة » و« أصلها » ترجيح الصحة ، والله أعلم) .

(٢) في النسخ غير (ج) : (استتباع) ، وهـٰذه المسألة عند ابن الصلاح في « الفتاوىٰ » (١/ ٢٨٠) مسألتان :

الأولىٰ : مبنية علىٰ جواز تملك الكافر العبد الكافر أن الصحيح : أن الكافر لا يُمكن من استتباع المملوك علىٰ دينه إلا فيما إذا كان من أهل دينه ؛ يهودياً تملك يهودياً ، أو نصرانياً تملك نصرانياً .

والثانية : أنه ينبغي أن يُمنع من شراء ما يظهر من استخدامه له ويترفه به ، كما لو اشترىٰ مملوكاً فارهاً ؛ فإنه يمنع ، كما يمنع من ركوب الخيل والسرج .

وقيل : إنه بدل أجرة النسخ .

لـٰكن يكره بيعه في أصح الوجهين ، وهو المنصوص ، ولا يكره شراؤه[1] .

ويجوز بيع الكتب التي فيها منفعة كالطب والحساب والشعر المباح المنتفع به ، ولا يجوز بيع كتب الكفر والتنجيم والشعبذة والفلسفة ، بل يجب إتلافها ؛ لتحريم الاشتغال بها .

وقال صاحب « الوافي » : لا يصح بيع التوراة والإنجيل إلا أن ينتفع بورقها أو جلدها .

قال : (**إلا أن يعتق عليه ، فيصحُّ في الأصح**) ؛ لانتفاء الإذلال ، ولأنه يحصل له من العلو بالحرية أكثر ما يحصل له بهوان الرق .

والثاني : لا يصح ؛ لما فيه من ثبوت الملك له على المسلم .

والأصح : أنه لو اشتراه بشرط العتق . . صح[2] . وقيل : يتخرج على الخلاف .

وقوله : (فيصح) مرفوع ؛ أي : فإنه يصح ، وبالنصب يفسد معناه .

ولا يكره للمسلم بيع عبده الكافر من كافر كبيراً كان أو صغيراً ، لـٰكن الأولىٰ أن لا يبيعه الصغير .

وقال أحمد : لا يجوز أن يبيعه الصغير ؛ لأنه ينشأ علىٰ دين مالكه .

مهمة :

قال المحاملي في « اللباب » : لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر ابتداء إلا في ست مسائل[3] : بالإرث ، والاسترجاع بإفلاس المشتري ، والرجوع في هبته لولده ، وإذا

---

(١) في هامش (ك) : (الأصح : كراهته أيضاً بلا حاجة) .

(٢) في هامش (ك) : (الأصح خلافه) .

(٣) في هامش (ج) : (قوله : « لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر ابتداءً إلا في ست مسائل » كما ذكره النووي في « روضته » [٣/٣٤٨] ، زاد بعض المتأخرين :
منها : إذا رد عليه عوضه بالعيب . . فإن الصحيح : أن له استرداده كما ذكره النووي من=

. . . .

رد عليه بعيب ، وإذا قال لمسلم : أعتق عبدك عني ، وإذا كاتب عبده ثم عجز عن الوفاء . . فله تعجيزه .

= قبل مرتين [من] كلام الرافعي .

ومنها : إذا باع العبد المسلم وتقايلا ، وقلنا : الإقالة فسخ . . فإنها على الوجهين ، وقد تقدم أن الصحيح له استرداده .

ومنها : إذا اشتراه بشرط العتق . . فإنه يصح علىٰ وجه .

ومنها : إذا باع كافر كافراً من كافر فأسلم قبل قبضه . . فإنه يبطل البيع علىٰ رأي ، وإذا بطل . . انتقلت إلىٰ ملك الكافر .

ومنها : إذا التقط عبداً صغيراً لا يميز في موضع لا مسلم فيه من بلاد الكفار ، أو فرقه وتملكه ثم بلغ وأسلم وظهر مالكه . . ينبغي أن يرجع فيه كما يرجع فيما وهبه لولده .

ومنها : إذا تزوجها على عبد فأسلم في ملكها ثم اطلع علىٰ عيب بها واطلعت علىٰ عيب به . . فإن لكل منهما فسخ النكاح ، فإذا فسخ . . فقضيته ما سبق رجوعُ العبد إليه .

ومنها : إذا تزوجها علىٰ عبد مسلم ثم انتقلت إلىٰ دين آخر قبل الدخول . . فإنه ينقلب إلى الزوج كما لو ارتدت المسلمة .

ومنها : إذا انفسخ الصداق بالتحالف بعد إسلامه .

ومنها : إذا اشترىٰ ثماراً بعبد كافر فأسلم ثم اختلطت وفسخ .

ومنها : لو أقر بحرية عبد ثم اشتراه . . ففيه الخلاف في شراء القريب .

ومنها : إذا أصدقها عبداً كافراً وشرط في الزوجة وصفاً فخرج خلافه بفعل أنه أسلم العبد ثم فسخ النكاح . . فقياس ما سبق انقلابه إلى الزوج على الصحيح .

ومنها : إذا كان بين كافرين عبيد من نوع واحد بعضهم مسلمون وبعضهم كفار فاقتسماها وانحصر المسلمون في حصة أحدهما وقلنا : القسمة إقرار . . كان مقتضى المذهب : أن القسمة صحيحة . ومعلوم أن الملك كان قبل ذلك شائعاً وإنما انحصر بالقسمة .

وقد يقال : هـٰذه الصورة غير واردة ؛ فإنه لم يدخل عبد مسلم في ملك كافر وإنما دخل بعض عبد .

ومنها : إذا حضر الكفار الجهاد بإذن الإمام وحصلت الغنيمة وكانت نسوة فأسلمن ، أو عبيد لكفار فأسلموا بعد الغنيمة ، ثم اختار الغانمون التمليك . . فإن المذهب : أن الغنيمة تملك بالاختيار ، وقضيته : أن للإمام أن يرضخ للكافر من النسوة والعبيد ، وأنه إذا أرضخ له جارية . . ملكها ، أو عبداً . . ملكه ؛ فإنه جرىٰ سبب الاستحقاق بحضور الرقعة) اهـ

قال في « الروضة » : في هـٰذه تساهل ؛ فإن المكاتب لم يزل الملك عنه ليتجدد بالتعجيز .

قال : وترك سابعة ، وهي : إذا اشترىٰ من يعتق عليه ، ووافقه ابن الرفعة علىٰ ذلك ، وأهملا :

ما إذا رجع بتلف مقابله قبل القبض .

وإذا جعل العبد صداقاً لكافرة فأسلم في يدها ثم رجع إلى الزوج .

وإذا أقرض العبد فأسلم في يد المقترض فرجع فيه .

وإذا باعه بثوب ثم وجد بالثوب عيباً فرد الثوب واسترده .

وإذا باعه عبداً مسلماً ثم تقايلا .

وإذا أسلم عبد الكافرين قبل القبض . . فالأصح عدم البطلان ويقبضه الحاكم .

وإذا تفاسخا في زمن الخيار وكان قد أسلم .

وإذا التقطه فأسلم ثم أقام ذمي بينة بملكه .

وإذا أعتق الكافر نصيبه من عبد مسلم . . فإن الباقي يدخل في ملكه ويقوم عليه .

وإذا رُد عليه لفوات شرط ، ونحو ذلك .

قال : (**ولا الحربي سلاحاً والله أعلم**) ؛ لأنه مستعد لقتالنا فيكون تسليمه معصية فيصير معجوزاً عن تسليمه شرعاً فلا يصح .

وفي وجه : يصح ويؤمر بإزالة الملك كالعبد المسلم ، وأجمعوا علىٰ أنه حرام .

واحترز بـ(الحربي) عن الذمي ، وعن بيعه للبغاة وقطاع الطريق ، والأصح فيها : الجواز .

وكذلك يجوز رهنه عند غير الحربي ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة عند أبي شحيمة اليهودي[1] .

---

(١) البخاري (٢٩١٦) ، والترمذي (١٢١٤) ، والنسائي (٧/٣٠٣) ، وابن ماجه (٢٤٣٨) .

لكن أفهمت عبارة المصنف جواز بيعه لمن دخل إلينا بأمان ، والمتجه فيه : المنع[1] ؛ لأن الظاهر إمساكه عنده إلىٰ حين عوده ، ولأن الحرابة فيه متأصلة ، والأمان عارض ، والسلاح عدة المقاتل .

والمراد به هنا : ما يستعان به على المحاربة وإن صرحوا في (باب صلاة الخوف) و(قسم الغنائم) بأن الترس والدرع ليسا منه .

ويحرم بيع الخيل أيضاً من الحربي ؛ لأنها أعظم عدة للقتال .

وفهم من التعبير بـ(السلاح) جواز بيع الحديد ، وبه صرح الرافعي ، وعلله بأنه لا يتعين جعله سلاحاً ، فإن غلب على الظن أنهم يعملونه سلاحاً . . كان كبيع العنب لعاصر الخمر ، وقد تعرض المصنف له في آخر (باب المناهي) .

قال : (**وللمبيع شروط**) عدها الغزالي خمسة :

أن يكون طاهراً ، منتفعاً به ، مملوكاً ، مقدوراً علىٰ تسليمه ، في مال معين .

واعترض في « المطلب » علىٰ حصره بالربويات فإن لها شروطاً أخرىٰ .

وقد يستغنىٰ بالملك عن الطهارة ؛ فإن النجس لا يثبت فيه ملك بل اختصاص ، وأما القدرة على التسليم والعلم به وكون الملك لمن له العقد . . فشروط في العاقد ، فرجعت الخمسة إلى اثنين : أن يكون مملوكاً ، منتفعاً به .

وحده الإمام بكونه مقدوراً علىٰ تسليمه شرعاً .

قال : (**طهارة عينه**) ؛ لأن النجس محرم الأكل وما حرم أكله حرم بيعه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله إذا حرم علىٰ قوم أكل شيء . . حرم عليهم ثمنه » رواه أحمد [١/٢٤٧] وأبو داوود [٣٤٨٨] بإسناد صحيح .

قال : (**فلا يصح بيع الكلب**) ؛ لما روى الشيخان [خ ٢٠٨٦ـ م ١٥٦٧] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن ثمنه) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

فإن قيل : إنه نهىٰ عن بيع الكلب إلا كلب صيد . . فالجواب : أن هـٰذا الاستثناء لم يثبت ، إنما ثبت في الاقتناء .

فروع :

يجوز اقتناء الكلب للصيد وللزرع ـ وفي معناه : النخل والكرم وسائر الشجر ـ وللماشية ـ وفي معناها : الخيل ، والبغال ، والحمير ، وحراسة أهل البوادي وسكان الخيام وأهل الحصون والبيوت المفردة في أطراف الرساتيق والدروب ـ وللحراسة في السفر على الأصح فيهما[١] .

وتجوز تربية الجرو الصغير لما يباح اقتناء الكبير له في الأصح .

ولو أراد اتخاذ الكلب ليصطاد به إذا أراد ولا يصطاد في الحال ، أو ليحفظ الزرع والماشية إذا صارا له . . لم يجز في الأصح .

والكلب الكلِب والعقور يقتلان ، وأما غيرهما . . فتقدم أن المنصوص : جواز قتلها .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « من اقتنىٰ كلباً إلا كلب صيد نقص من أجره كل يوم قيراطان »[٢] .

قيل : قيراط من عمل الليل ، وقيراط من عمل النهار .

وقيل : من الفرض والنفل .

فلو تعددت الكلاب . . ففي تعدد القيراط نظر ، وأفتى الشيخ بعدم تعدده[٣] ، كما لو ولغت في إناء ، فإنه يغسل سبعاً على الأصح .

---

(١) في هامش (ك) : (مسألة « الحراسة في السفر » جزم الماوردي والعجلي وغيرهما بجوازها ، وكذلك جزم به النووي في أوائل « مناسك الحج » [ص ٦٧] وجعله مكروهاً ، ونقل في « شرح المهذب » [٩/ ٢٢١] عن القاضي حسين : أنه على الوجهين واقتصر عليه) .

(٢) أخرجه البخاري (٥٤٨١) ، ومسلم (١٥٧٤) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلْخَمْرِ وَٱلْمُتَنَجِّسِ ٱلَّذِي لاَ يُمْكِنُ تَطْهِيرُهُ كَٱلْخَلِّ وَٱللَّبَنِ ، وَكَذَا ٱلدُّهْنُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**والخمر**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » رواه الشيخان [خ ٢٢٣٦ـ م ١٥٨١] .

وفي وجه : يجوز بيع الخمر المحترمة ، ويكره اقتناء العذرة والميتة ، وقال صاحب « المهذب » : لا يجوز ، وحمل على التنزيه .

ويكره اقتناء السرجين ، والوقود به ، وتربية الزرع والبقول به .

قال : (**والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخل واللبن**) قال في « شرح المهذب » : لا خلاف في ذلك ، واحترز عما يمكن تطهيره كالثوب المتنجس وما في معناه ؛ فإنه يصح بيعه قطعاً ، إلا أن تستره النجاسة فيجري فيه قولا بيع الغائب .

قال شيخنا : ومقتضىٰ كلام المصنف : أن الآجر واللبن وغيرهما مما يعجن بالزبل ونحوه لا يصح بيعه ، ويلزم منه امتناع بيع الدور ونحوها[١] .

قال : (**وكذا الدهن في الأصح**) هـٰذا معطوف على الخل واللبن لا على المتنجس[٢] ، والخلاف فيه مرتب على الخلاف في تطهيره : إن قلنا : لا يطهر وهو الأصح . . لم يصح بيعه ، وإلا . . فوجهان :

أصحهما : أنه لا يصح أيضاً[٣] ؛ للأمر بإراقة السمن الذائب الذي وقعت فيه الفأرة .

---

(١) في هامش (ك) : (وأجيب : بأن البناء إنما يدخل في بيع الدار تبعاً للظاهر منها كالحجر والخشب فاغتفر فيه ذلك ؛ لأنه من مصالحها كالحيوان يصح بيعه وفي باطنه النجاسة ، وينزل كلامهم علىٰ بيع الآجر منفرداً . من « شرح الروض » [٢/٩]) .

(٢) في هامش (ت) : (مقتضىٰ تمثيلهم بالخل واللبن ـ أي : ونحوهما ـ مشير إلى أن العلة في بطلان بيع ذلك : عدم إمكان الانتفاع بها ، ولا كذلك الدور ؛ لجواز سكناها والانتفاع بها ، سيّما وإذا ضاق الأمر اتسع ، والله أعلم) .

(٣) في هامش (ك) : (وهو الراجح) .

. . . .

والثاني : يجوز كالثوب المتنجس ، أما الدهن النجس كودك الميتة . . فلا يطهر ولا يجوز بيعه اتفاقاً .

فروع :

بيع الماء النجس على الوجهين .

وتصح الوصية بالزيت النجس والتصدق به علىٰ جهة نقل اليد ، وعلىٰ جهة التمليك ممتنع .

وقال المصنف : ينبغي القطع بصحة الصدقة به للاستصباح ونحوه[1] .

والند المعجون بالخمر قال ابن الصباغ والروياني : لا يجوز بيعه ، وقال الرافعي : ينبغي أن يجوز كالثوب النجس ؛ لإمكان تطهيره بنقعه في الماء .

وفي تنجيس المتبخر به الوجهان في دخان النجاسة .

وفي جواز بيع الزباد[2] وجهان مبنيان علىٰ طهارته[3] .

ولا يجوز بيع الدرياق الذي فيه لحوم الحيات ؛ لنجاسته ، ويباح أكله للضرورة .

ويجوز بيع القز وفي باطنه الدود الميت للضرورة سواء باعه وزناً أو جزافاً[4] ، صرح به القاضي وغيره ، وقال الإمام : إن باعه وزناً . . لم يجز ، وإن باعه جزافاً . . جاز .

حادثة :

سئل الشيخ عن الوشم النجس الذي لا يمكن زواله من البدن : هل يمنع صحة البيع

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

(٢) الزباد : طيب يجلب من دابة السنور ، وهو رشح يجتمع تحت ذنبها على المخرج .

(٣) في هامش (ك) : (ومقتضى البناء : جواز البيع [على أنه] طاهر ، لكن ينبغي الاحتراز من الشعر) .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

كالأعيان التي لا يمكن تطهيرها أو يكون كالثوب المصبوغ بصبغ نجس فيصح بيعه علىٰ رأي الغزالي دون غيره ؟

فقال : الذي أراه القطع بصحة البيع وأن الوشم النجس لا يمنع من ذلك(١) ؛ لأن اليد المشتملة على الوشم ليست مبيعة ولا جزءاً من المبيع ، إنما هي وصف بلا خلاف ؛ لأنها لا يقابلها قسط من الثمن ، وأحد العبدين جزء بلا خلاف .

والسقف : هل هو جزء أو وصف ؟ فيه خلاف .

والأعيان التي يمكن تطهيرها مبيعة ، وكل جزء منها مبيع مقابل بقسط من الثمن ، والصبغ النجس في الثوب كالجزء ، ألا ترىٰ أن صاحبه يكون شريكاً لصاحب الثوب بجزء من الثمن ، فلا ينكر جريان خلاف فيه .

وأما يد العبد والجارية . . فلا تشبه الصبغ ولا جزء الأعيان النجسة .

والمقصود من بيع الحيوان : صورته ومعناه ، وهو المشار إليه بـ(أنا) الذي نتكلم فيه في أصول الدين ، فذلك المعنى المشار إليه هو المبيع المعبر عنه بالنفس ، ولا غرض للفقيه في تحقيق ذلك .

قال : فلذلك أقطع بصحة بيع الجارية المشتملة على الوشم النجس ؛ لأنه لم تنقص به عين ولا قيمة(٢) .

قال : (**الثاني : النفع**) ؛ لأن بذل المال في مقابلة ما لا منفعة فيه سفهٌ ، وأكل ثمنه من أكل أموال الناس بالباطل وقد نهى الله تعالىٰ عن ذلك .

وفوات النفع قد يكون حساً وقد يكون شرعاً كما سيأتي ، ولا فرق في ذلك بين النفع الواقع والمتوقع ، فيجوز بيع الجحش الصغير والعبد الزمن بالاتفاق ، بخلاف الحمار الزمن في الأصح ، وقيل : يصح ؛ لغرض الجلد .

ويصح أيضاً بيع الطاووس ونحوه ؛ للاستمتاع بصورته ، والعندليب ونحوه ؛

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) انظر : « فتاوى السبكي » (١/ ٢٩٩) ؛ فإنها مسألة نفيسة .

للاستمتاع بصوته ، كذا جزم به الشيخان ، لكنهما حكيا في الاستئجار لهاذا الغرض خلافاً لم يذكراه هنا .

و(العندليب) جمعه عنادل ، وهو : الهزار .

ومثل الرافعي بالزرزور أيضاً ، واعترض عليه بأنه مأكول .

ويجوز بيع ما ينتفع بتعلمه كالقرد ، أو بصيده كالصقر والهرة ، وما رواه مسلم [١٥٦٧] من حديث جابر رضي الله عنه : (من النهي عن ثمنها) فمحمول على الكراهة أو على الوحشية التي لا نفع فيها ، وشذ ابن القاص فمنع بيعها لظاهر الحديث .

فرع :

بيع الدار التي لا ممر لها ، إن كانت ملاصقة لدار المشتري أو الشارع . . يصح بيعها ، وإلا . . فلا .

قال : (**فلا يصح بيع الحشرات**) وهي : صغار دواب الأرض ، واحدها حشرة ـ بفتح الحاء والشين ، وحكى ابن الصلاح في « مشكله » : إسكانها ـ وذلك كالعقارب والخنافس والنمل ونحوها ، فلا يصح بيعها ؛ لعدم النفع بها ، ولا نظر إلىٰ منافعها المذكورة في الخواص ؛ لأن تلك المنافع لا تلحقها بالأموال .

لـٰكن يستثنى العلق فيجوز بيعه على الأصح ؛ لمنفعة امتصاص الدم .

وقيل : يجوز بيع النمل بعسكر مكرم وهي : مدينة بقرب شيراز ؛ لأنه يعالج به السكر ، وبنصيبين ؛ لأنه تعالج به العقارب الجرارة[١] .

فرع :

السموم التي يقتل كثيرها وقليلها ولا تستعمل في الأدوية لا يصح بيعها على الأصح ، خلافاً للغزالي وشيخه وشيخ شيخه .

---

(١) في « المجموع » (٩/ ٢٢٧) و« الروضة » (٣/ ٣٥١) : العقارب الطيارة ، وكذا في « حياة الحيوان » للدميري (٢/ ٣٤٢) ، وفيه : ومراده بالعقارب الطيارة : الجراد .

وأما الذي يقتل كثيره وينفع قليله في الأدوية كالسقمونيا والأفيون ـ وهو لبن الخشخاش ـ فصحح الشيخان جواز بيعه .

وقال القاضي أبو الطيب : يجوز بيع قليله دون كثيره ، ورده ابن الصباغ .

والصواب : تحريم بيع الأفيون والتجارة فيه ؛ لأنه مسكر مخذل مفسد للعقول والأبدان والأديان[1] .

قال : (**وكل سبع لا ينفع**) كالتي لا يصاد بها ولا يقاتل عليها ؛ لأن بذل المال في مقابلتها سفه ، ولا يعتبر باقتناء الملوك لها للهيبة .

وقيل : يجوز بيع السباع ؛ للانتفاع بجلودها بعد الدبغ .

ولا يجوز بيع الطيور التي لا نفع فيها ، ولا نظر إلىٰ ما يتخذ من أجنحتها من الفائدة .

ومنهم من لم يجر الوجه في الطيور ؛ فإن الجلد يمكن تطهيره ، بخلاف الأجنحة .

أما التي تصلح للاصطياد كالفهد ، أو للمقاتلة كالفيل . . فيجوز بيعها وفي الفيل وجه .

ومثل الرافعي لما لا ينتفع به بالنمر ، وهو قد جزم في (باب الصيد) بأنه يصلح له ، ونقله عن الشافعي والأصحاب ، وأنكر على الغزالي عده مما لا يصلح لذلك!

قال (**ولا حبتي الحنطة**) ؛ لسقوط منفعتهما لقلتهما ، ولا نظر لظهور النفع بهما إذا ضُمَّتا إلىٰ أمثالهما ، ولا إلىٰ وضعهما في الفخ ، ولا فرق بين زمان الرخص والغلاء اتفاقاً .

وأغرب المتولي فحكىٰ وجهاً بجواز بيعهما .

---

(١) في هامش (ت) : (لو فرق بين بيعه لمن يستعمله لما يفسد عقله فيحرم ، وبيعه لمن يستعمله في أدوية تعم الحاجة إليها وتدعو إليها الضرورة فلا يحرم . . لكان أوجه وأفقه ، والله أعلم) .
وفي هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

وعلى الوجهين : لا يجوز للغير أخذهما ، فإن أخذهما . . لزمه ردهما ، فإن تلفتا . . لم يضمنهما ؛ إذ لا مالية لهما .

قال : (**وآلة اللهو**) أي : المحرم ؛ لسقوط النفع بها شرعاً ، ويدل له ما تقدم من النهي عن بيع الأصنام ، وسيأتي في (الشهادات) بيان الآلة المحرمة .

ومراد المصنف : أن كل ما هيىء لغرض محرم لا يصلح لغيره كآلات الملاهي والمزامير والطنابير . . لا يجوز بيعها .

قال : (**وقيل : يصح في الآلة إن عد رُضاضها مالاً**) ؛ لأن فيها نفعاً متوقعاً ، فأشبه الجحش الصغير .

والخلاف جار في بيع الأصنام والصور إذا كان رضاضها ينتفع به بعد كسرها .

وفي وجه ثالث ـ اختاره الإمام والغزالي ـ : إن كانت من جواهر نفيسة كالذهب والفضة والنحاس . . صح بيعها علىٰ هيئتها ، وإن كانت من حجر أو خشب ونحوه . . لم يصح .

و(الرضاض) ـ بضم الراء ـ : المكسَّر .

فروع :

يصح بيع إناء الذهب والفضة قطعاً وإن كان محرم الاستعمال ؛ لأن المقصود منه عين النقدية .

والأصح : أنه لا يصح بيع النرد مطلقاً .

وقال المتولي : إن صلح لبيادق الشطرنج . . صح[1] ، وإلا . . فلا .

ويكره بيع الشطرنج كاللعب به .

والجارية المغنية إن اشتراها بقيمتها غير مغنية . . صح ، وإن اشتراها بزيادة عليها

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

من أجل الغناء . . قال المحمودي : لا يصح ؛ لأنه بذل مال في مقابلة معصية .

وقال الأودني : يصح بكل حال ، وهـٰذا هو الأصح[1] .

وقال الرافعي في (الصداق) : المسألة مفرعة علىٰ أنها لو غصبت فنسيت الألحان في يد الغاصب ، هل يرد معها ما نقص من قيمتها أو لا ؟

قال الشيخ : والذي يقتضيه الفقه والنظر الصحيح : أن الغناء المحرم لا يضمن بالأرش ولا يقابل بالثمن قطعاً ، فإن شرطه في البيع . . لم يصح قطعاً ، وإن لم يشرطه . . صح ؛ لأن المبيع نفس الجارية .

قال ابن الرفعة : ومحل الخلاف في الغناء المحرم ، وهو ما كان بآلة محرمة ، أما بغير آلة . . فيباح للسيد فلا منع منه ، وإن كانت المشترية امرأة . . فأولىٰ بالجواز .

ويجري الخلاف فيما إذا باعه ديكاً هراشاً أو كبشاً نطاحاً بزيادة علىٰ قيمتهما مجردين عن الوصفين ، وقد قال القاضي حسين : إذا أتلفهما . . لزمه قيمتهما بغير وصفيهما ولا اعتبار بزيادة القيمة بذلك .

وأفتى ابن الصلاح في جارية اشترتها مغنية وحملتها على الفساد : أنها تباع عليها ، واستند فيه إلىٰ ما نقله القاضي حسين : أن السيد إذا كلف عبده من العمل ما لا يطيق . . بيع عليه[2] ، والنقل غريب ، والمسألة حسنة .

ونازعه برهان الدين بن الفركاح في ذلك وقال : قد روىٰ مسلم [١٦٦١/٣٨] : « ولا تكلفوهم من العمل ما لا يطيقون ، فإن كلفتموهم . . فأعينوهم » ولم يقل : فبيعوهم .

قال : (**ويصح بيع الماء على الشط ، والتراب بالصحراء في الأصح**) ؛ لاجتماع شرائط المبيع فيه ، وكثرة ذلك في ذلك المكان لا يخرجه عن كونه مالاً .

والثاني : لا يصح ؛ لأن بذل المال في مقابلته ضياع .

---

(١) في هامش (ك) : (كما في « الروضة » [٣/٣٥٢] وغيرها) .
(٢) في هامش (ك) : (وهو المشبه والمشبه به إذا تعين ذلك طريقاً لإزالة الضرر) .

ويجري الوجهان في كل ما يوجد مباحاً بلا مؤنة كبيع الصخرة في الشعاب الكثيرة الصخور .

وينبغي تخصيص الخلاف بما إذا لم يكن في المبيع وصف مقصود زائد كالتبريد ونعومة التراب ، فإن كان . . صح البيع قطعاً والتفريع علىٰ صحة بيع الماء وأنه يملك ، وهو الصحيح .

وفيه وجه يأتي في (إحياء الموات) إن شاء الله تعالىٰ : أنه لا يملك ، فلا يجوز بيعه مطلقاً .

و(الشط) : جانب الوادي والنهر ، ونبه في « الدقائق » علىٰ أن هـٰذه اللفظة زادها علىٰ « المحرر » .

فرع :

بيع لبن الآدميات مبني على الخلاف في طهارته[1] .

وفي وجه : يجوز بيع لبن الأمة دون الحرة ومنع الأنماطي بيعه مطلقاً .

وأما لبن الرجل . . فلا يجوز بيعه ؛ إذ لا يحل شربه بحال .

وفي بيع لبن ما لا يؤكل لحمه وبيضه خلاف مبني علىٰ طهارته أيضاً .

قال : (**الثالث : إمكان تسليمه**) ؛ ليتوثق بالمقصود منه ، وفي « صحيح مسلم » [١٥١٣] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الغرر) .

قال الماوردي : الغرر ما تردد بين متضادين أغلبهما أخوفهما .

وقيل : ما انطوت عنا عاقبته ، وذلك موجود في جميع ما يذكره المصنف .

واعترض في « المطلب » بأن التسليم فعل البائع ، وسيأتي في (بيع المغصوب) : أن قدرة البائع ليست بشرط ، فالصواب : التعبير بالتسلُّم ـ بضم اللام ـ وكان ينبغي التعبير بالقدرة بدل الإمكان ؛ فإنه لا يلزم من ثبوت إمكانه القدرة عليه .

---

(١) في هامش (ك) : (والأصح : طهارته) .

فَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلضَّالِّ وَٱلآبِقِ وَٱلْمَغْصُوبِ . فَإِنْ بَاعَهُ لِقَادِرٍ عَلَى ٱنْتِزَاعِهِ . . صَحَّ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . ...

قال : (**فلا يصح بيع الضال والآبق**) وكذلك منقطع الخبر والفرس العائر والبعير الناد ؛ لما روىٰ أحمد [٣/٤٢] وابن ماجه [٢١٩٦] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن شراء ما في بطون الأنعام حتىٰ تضع ، وعن بيع ما في ضروعها إلا بكيل ، وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء الصدقات حتىٰ تقبض ، وعن ضربة الغائص ؛ وهي : أن يقول : أغوص لك في البحر غوصة بكذا فما أخرجته . . فهو لك) فنهىٰ عنه ؛ لأنه غرر ، وسواء عرف موضع الآبق ونحوه أم لا .

ولا يشترط اليأس بل يكفي ظهور التعذر .

قال الرافعي : وقد أحسن بعضهم فقال : إذا عرف مكانهما وعلم أنه يصل إليهما إذا أراد . . صح البيع .

قال في « شرح المهذب » : والمذهب الأول .

وقال الدارمي : لو قال : الآبق عندي فبعنيه . . صح بيعه منه جزماً .

فإن قيل : عتق الضال والآبق جائز قطعاً وتقدم : أنه يجوز بيع العبد الزمن لمنفعة الإعتاق فينبغي أن يجوز بيعهما لذلك . . فالجواب : أن شرط المبيع موجود في العبد الزمن دونهما ، وقد روى الأربعة بإسناد صحيح عن حكيم بن حزام رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «لا تبع ما ليس عندك»[1] ، وهما ليسا عنده .

قال : (**والمغصوب**) ؛ لعدم القدرة علىٰ تسليمه ، أما بيعه للغاصب . . فصحيح قطعاً ، وكذلك البيع الضمني كأعتق عبدك عني بكذا فيعتقه وهو مغصوب فيصح .

ويجوز تزويج الآبقة والمغصوبة وإعتاقهما ، ولا تصح كتابة المغصوب وإجارته ورهنه وهبته كبيعه .

قال : (**فإن باعه لقادر على انتزاعه . . صح على الصحيح**) ؛ لأن المقصود وصوله إليه وهو متيسر عليه .

---

(١) أخرجه أبو داوود (٣٥٠٣) ، والترمذي (١٢٣٢) ، والنسائي (٧/٢٨٩) ، وابن ماجه (٢١٨٧) .

والثاني : لا يصح ؛ لأن التسليم واجب على البائع وهو عاجز عنه .

ويجريان في بيع الآبق لمن يسهل عليه رده .

فلو ادعى المشتري العجز والبائع عدمه . . حلف المشتري وله الفسخ ، قاله الماوردي ، وهو تفريع علىٰ : أنه لا خيار لهٰ مع القدرة على الانتزاع[1] ، وهو أضعف الوجهين عند الإمام .

وبيع النحل في الكوارة صحيح إن شاهد جميعه ، وإلا . . فهو بيع غائب ، فإن باعها وهي طائرة . . صح في الأصح .

وصورة المسألة : أن يكون اليعسوب فيها .

والفرق بينها وبين باقي الطير : أنها لا تقصد بالجوارح ، وتأكل غالباً مما ترعاه ، فلو توقف صحة بيعها علىٰ حبسها . . لربما أضر بها أو تعذر بسببه بيعها بخلاف غيرها .

وقال أبو حنيفة : لا يصح بيعها كسائر الحشرات .

واحتج أصحابنا بأنها منتفع بها بخلاف الحشرات .

ولو باع سفينة في اللجة لا يقدر حين البيع علىٰ تسليمها . . لا يجوز سواء كان فيها أم لا ، فإن قدر . . جاز .

وسيأتي في (الإجارة) : أنه لا يجوز أن يستأجر البركة لأخذ السمك منها .

قال : (**ولا يصح بيع نصف معين من الإناء والسيف ونحوهما**) أي : مما تنقص قيمته بكسره أو قطعه كثوب نفيس ونصل ونحو ذلك ؛ لأن الشرع نهىٰ عن إضاعة المال . وفي الثوب وجه : أنه يصح ؛ لأن البائع رضي به ، فأشبه ما إذا باع أحد الخفين ، وصححه صاحب « التقريب » وهو القاسم بن القفال الشاشي ، ووافقه القاضي أبو الطيب والماوردي واختاره الشيخ .

والفرق على المذهب : أن النقص ليس في نفس الخف بل في التفريق .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَصِحُّ فِي ٱلثَّوْبِ ٱلَّذِي لاَ يَنْقُصُ بِقَطْعِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال الرافعي : والقياس جريان الوجهين في الإناء والسيف ونحوهما ، وقد يفرق بأن الثوب نسج ليقطع بخلاف الإناء والسيف .

قال المصنف : وطريق من أراد شراء ذراع من ثوب ـ حيث قلنا : لا يصح ـ : أن يواطىء صاحبه علىٰ شرائه ثم يقطعه قبل الشراء ثم يشتريه بعد قطعه ، فيصح بلا خلاف .

قال الشيخ : وفي هـٰذا : تسليم أن فعل ذلك حلال وليس من إضاعة المال التي لا لغرض حتىٰ يحرم ، وذلك يقتضي صحة البيع .

واحترز بـ(المعين) عن المشاع ؛ فإنه يصح ، أما لو باع جذعاً من بناء . . فلا يصح ؛ لأن الهدم يوجب النقص ، وكذا لو باع فصاً من خاتم .

قال : (**ويصح في الثوب الذي لا ينقص بقطعه في الأصح**) كالكرباس ؛ لزوال المحذور .

والثاني : لا يصح ؛ لأن القطع لا يخلو من تغيير عين المبيع .

فروع :

أفتى ابن الصلاح بأنه لا يصح بيع ثلاثة أذرع من أرض مثلاً ليحفرها ويأخذ ترابها ؛ لأنه لا يمكن أخذ تراب الثلاث إلا بحفر أكثر منها .

ولو باع جزءاً معيناً من حيوان . . لم يصح كقطعة معينة من سيف .

قال البغوي : فإن باعه بعد الذبح . . صح .

وبيع الصوف علىٰ ظهر الغنم في حياتها إن أطلق وشرط الجز من أصله . . باطل ، وكذا إن أطلق شرط الجز في الأصح ، وإن عين موضعه . . صح ، وللغزالي فيه احتمال .

وبعد موتها يصح قطعاً ؛ إذ ليس في استيعابه إيلام .

وقال القاضي حسين : لا ؛ لأنه يتعيب به الجلد .

وَلاَ ٱلْمَرْهُونِ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ ، وَلاَ ٱلْجَانِي ٱلْمُتَعَلِّقِ بِرَقَبَتِهِ مَالٌ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، وَلاَ يَضُرُّ تَعَلُّقُهُ بِذِمَّتِهِ ، . . . .

قال : (**ولا المرهون بغير إذن مرتهنه**) أي : بعد القبض وقبل فكاك الرهن سواء عاد إلىٰ يد الراهن أم لا ؛ لأنه عاجز عن تسليمه شرعاً ، والمصنف أعاد المسألة في (كتاب الرهن) ، لـٰكن بيعه من المرتهن صحيح ؛ لزوال المانع .

وحكى الإمام عن شيخه تردداً فيما إذا ابتدأ الراهن بشق الإيجاب .

ويلتحق بالمرهون كل عين استحق مستحق حبسها إما للعمل فيها[1] ، كما لو استأجر صباغاً ليصبغ له الثوب ، أو صائغاً ليصوغ له الذهب ، أو قصاراً ليقصر له الثوب ، أو خياطاً ليخيطه . . فلهم الحبس إلى استيفاء الأجرة ، فلا يصح بيعه قبل العمل في الأول ، ولا قبل استيفاء الأجرة في الثاني .

ومن القسم الأول : بيع الأشجار المساقىٰ عليها قبل انقضاء المدة .

قال : (**ولا الجاني المتعلق برقبته مال في الأظهر**) كالمرهون وأولىٰ ؛ لأن الجناية تقدم على الرهن .

والثاني : يصح وصححه الغزالي ؛ لأن السيد لم يحجر علىٰ نفسه ، بخلاف الراهن .

والثالث : أنه موقوف ، إن فدىٰ . . نفذ ، وإلا . . فلا .

كل هـٰذا : إذا باعه موسراً وكان البيع قبل اختيار الفداء ، فإن كان معسراً[2] . . بطل ـ وقيل : على الخلاف ـ وإن كان بعد اختيار الفداء . . صح ، كذا أطلقه في « التهذيب » .

ومقتضاه : أن السيد إذا اختار الفداء . . يلزمه ، والأصح : المنع كما ذكره المصنف في بابه ، ولا يخفىٰ أن محل المنع إذا باعه لغير حق الجناية .

قال : (**ولا يضر تعلقه بذمته**) كما إذا اشترىٰ شيئاً بغير إذن سيده وأتلفه كما سيأتي في (باب معاملات العبيد) ، وهـٰذا لا خلاف فيه ؛ لأن البيع إنما ورد على العين

---

(١) وإما لاستيفاء الأجرة .

(٢) أي : وباعه قبل اختيار الفداء .

وَكَذَا تَعَلُّقُ ٱلْقِصَاصِ فِي ٱلْأَظْهَرِ . ٱلرَّابِعُ : ٱلْمِلْكُ لِمَنْ لَهُ ٱلْعَقْدُ ، . . . .

ولا حجر للسادة علىٰ ذمم عبيدهم ، وكذا لا يضر التعلق بكسبه أيضاً كما إذا زوجه .

قال : (**وكذا تعلق القصاص في الأظهر**) ؛ لأنه مرجو السلامة بالعفو .

والثاني : لا يصح ؛ لأن المستحق يجوز له العفو علىٰ مال وقد تقدم أن تعلق المال مانع .

وقيل : موقوف ، إن فداه . . صح ، وإلا . . فلا .

وموضع الخلاف : إذا تعلق بجملته ، فإن تعلق ببعض أعضائه . . صح قطعاً .

وحذف المصنف لفظ (الرقبة) ؛ لدلالة ما قبله عليه .

ومما يندرج في هـٰذا الشرط : بيع الثوب الذي يحتاج إلى التستر به وقد دخل وقت الصلاة ، والماء الذي يحتاج إلى الوضوء به ولم يجد غيره .

قال : (**الرابع : الملك لمن له العقد**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا طلاق إلا فيما يملك ، ولا عتق إلا فيما يملك ، ولا بيع إلا فيما يملك » قال الترمذي [١١٨١] : حسن .

وإنما عبر بقوله : (لمن له العقد) ؛ ليدخل المالك ، والوكيل ، وولي المحجور عليه ، والقاضي في بيع مال الممتنع من وفاء دينه ، والملتقط للحيوان ونحوه بشرطه .

وينبغي أن يزاد في هـٰذا الشرط قيد التمام ـ ليخرج بيع المبيع قبل قبضه ، فإنه لا يصح كما سيأتي ـ مع وجود الملك وشملته عبارته .

لـٰكن يرد عليها الفضولي ؛ فإن العقد عند من يصححه يقع للمالك موقوفاً علىٰ إجازته ، والمقصود إخراجه ، فلو قال : (أن يكون للعاقد عليه ولاية) كما في « الحاوي الصغير » . . لكان جامعاً مانعاً[1] .

---

(١) في هامش (ك) : (أجاب عنه المحلي بقوله : الواقع بناء على الراجح ، وهو : أن الصحة موقوفة على الإجازة ، لا أن الصحة ناجزة والموقوف الملك كما نقله النووي عن الأكثرين ـ حكاه عنه كل من الفلاس والزركشي في « قواعده » ـ وإن نقل الرافعي عن الإمام : أن الصحة ناجزة والمتوقف على الإجازة هو الملك) .

فَبَيْعُ ٱلْفُضُولِيِّ بَاطِلٌ ، وَفِي ٱلْقَدِيمِ : مَوْقُوفٌ ؛ إِنْ أَجَازَ مَالِكُهُ . . نَفَذَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَلَوْ بَاعَ مَالَ مُوَرِّثِهِ ظَانّاً حَيَاتَهُ وَكَانَ مَيْتاً . . صَحَّ فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

قال : (**فبيع الفضولي باطل**) ؛ لعموم ما تقدم .

قال : (**وفي القديم**) ونص عليه في الجديد (**موقوف ؛ إن أجاز مالكه . . نفذ ، وإلا . . فلا**) ؛ لحديث عروة البارقي رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به شاة ، فاشترىٰ به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ثم أتاه بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة في بيعه ، فكان لو اشترى التراب . . لَربح فيه) رواه أبو داوود [٣٣٨٤] وابن ماجه [٢٤٠٢] بإسناد صحيح ، ورواه البخاري [٣٦٤٢] مرسلاً في (باب علامات النبوة) لـٰكن بإسناد منقطع ، وإنما أخرجه ؛ لأجل قطعة منه مسندة .

والحق : أنه مرسل ؛ لجهالة الحي[١] ؛ فلذلك لم يحتج به الشافعي رضي الله عنه هنا ، واحتج به في : أن من وكل في شراء شاة بدينار . . له أن يشتري شاتين بدينار ، علىٰ قاعدته في الاحتجاج بالمرسل إذا وافق القياس دون ما إذا خالفه .

وبيع الفضولي مخالف للقياس ، والقولان جاريان في كل عقد يقبل النيابة كالإجارة والهبة والعتق والنكاح والطلاق وغيرها ، فلو عبر بالعقد بدل البيع . . لشمله .

ثم المعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد ، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز . . لم ينفذ .

قال : (**ولو باع مال مورثه ظاناً حياته وكان ميتاً**[٢] . . **صح في الأظهر**) ؛ لأنه مالك صدر منه العقد .

والثاني : يبطل ؛ لأنه متلاعب ، لاعتقاد أن المبيع لغيره .

هـٰذا إذا لم يكن معه وارث آخر ، فإن كان . . خرج بيع نصيبه علىٰ قولي تفريق الصفقة وبطل في نصيب غيره .

---

(١) المقصود بـ(الحي) هنا : قبيلته التي سمع منها الحديث ، وانظر تفصيل الكلام وتحقيقه في « فتح الباري » (٦/ ٦٣٤) .

(٢) في (ت) : (فبان ميتاً) .

ويجري القولان فيما إذا باع العبد ظاناً أنه آبق أو مكاتب فإذا هو قد رجع أو فسخ الكتابة ، وفيما إذا زوج أمة أبيه أو أعتق عبده ظاناً حياته فإذا هو ميت .

قال الشيخ : كذا جزموا به ، وفيه إشكال ؛ لأنهم احتاطوا في النكاح وقالوا : لو تزوج خنثىٰ ثم بان رجلاً . . لم يصح قطعاً ، وكذا : لو تزوج من يشك في كونها محرمة عليه ، فكيف يصح هنا مع الشك[1] ؟!

ولو قال : إن كان أبي قد مات فقد بعتك ما له . . ففيه القولان ، وأولىٰ بالبطلان .

قال الشيخ : ويعبر بقولَي وقف العقود عن ثلاث مسائل :

إحداها : بيع الفضولي ، وهو وقفُ صحته ، ومعناه : أن الصحة ناجزة ولا يحصل الملك إلا عند الإجازة كما تقدم .

والثانية : بيع مال أبيه علىٰ ظن حياته ، وهو وقفُ تبيُّنٍ ، والملك فيه من حين العقد .

والثالثة : تصرفات الغاصب ، مقتضىٰ كلام الغزالي والرافعي : أنها كالأولىٰ ، ومال ابن الرفعة إلىٰ أنها كالثانية .

قال : (**الخامس : العلم به**) ؛ لما روىٰ مسلم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الغرر) ، ولا يشترط العلم من كل وجه بل بالعين والقدر والصفة ، ويستثنىٰ من ذلك صور :

منها : إذا اختلط حمام برج بآخر . . فلأحدهما البيع من الآخر في الأصح كما سيأتي في (الصيد والذبائح) .

ومنها : ماء الحمام إذا جعلنا المدفوع ثمنه ، ومثله الشرب من السقاء ، وشرب البهيمة من الحوض مع الجهالة .

قال ابن عبد السلام : ومنها : شراء الفقاع ، وما المقصود منه لبه كالخشكنان .

---

(١) في هامش (ك) : (الفرق واضح وهو : أنه في الخنثىٰ ونحوه شاك في ذات المعقود عليه : هل هو ممن يورد عليه العقد أو لا؟ ولا كذلك في المسألة الأولىٰ) .

فَبَيْعُ أَحَدِ ٱلثَّوْبَيْنِ بَاطِلٌ . وَيَصِحُّ بَيْعُ صَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ تُعْلَمُ صِيعَانُهَا ، وَكَذَا إِنْ جُهِلَتْ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

ومنها : إذا باع صاعاً من صبرة مجهولة الصيعان . . فإن المبيع واحد منها .

ومنها : إذا باع المال الزكوي بعد الحول . . فإن الأصح : البطلان في قدر الزكاة ، والصحة في غيره وهو مجهول العين .

قال : (**فبيع أحد الثوبين باطل**) ، وكذلك أحد العبدين ؛ لما فيه من الغرر ، وأجازه أبو حنيفة في العبدين أو الثلاثة دون الثوبين أو الثياب .

و« المحرر » ذكر المسألتين ، فلو ذكرهما المصنف أو اقتصر علىٰ مسألة العبدين . . كان أولىٰ ، وقد يجاب بأن البطلان في العبدين أولىٰ ؛ لتفاوت الغرض فيهما ، فإذا بطل في الثوبين . . ففي العبدين أولىٰ .

وكذلك الحكم لو قال : بعتك هـٰؤلاء إلا واحداً ولم يعينه سواء تساوت القيمة أو تفاوتت ، ولا فرق بين عدد وعدد ولا بين أن يقول : علىٰ أن تختار أيها شئت أو لا .

قال : (**ويصح بيع صاع من صبرة تعلم صيعانها**) ؛ لعدم الغرر ، وينزل على الإشاعة على المذهب ؛ حذراً من إفساد العقد ، فلو تلف بعضها . . تلف بقدره من مقابله ، وقيل : على الإبهام ، فيبقى المبيع ما بقي صاع .

و(الصبرة) : الكوم المجموع من الطعام ، سميت بذلك ؛ لإفراغ بعضها علىٰ بعض .

والمراد بالعلم المصحح في هـٰذه المسألة : علم المتعاقدين معاً ، فلو علم أحدهما فقط . . كان على الخلاف فيما إذا جهلاه ، فكان الصواب التعبير بقوله : علما .

قال : (**وكذا إن جهلت في الأصح**) ؛ لتساوي أجزائها .

والثاني : لا يصح ، وهو اختيار القفال ، كذراع من أرض مجهولة الذرعان .

وأجيب عن الأول بأن الأرض تتفاوت ، وعن الثاني بأن المبيع في مسألة صاع من صبرة معلومٌ ، وفي الصبرة إلا صاع مجهولٌ .

وَلَوْ بَاعَ بِمِلْءِ ذَا ٱلْبَيْتِ حِنْطَةً ، أَوْ بِزِنَةِ هَـٰذِهِ ٱلْحَصَاةِ ذَهَباً ، أَوْ بِمَا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ فَرَسَهُ ، أَوْ بِأَلْفٍ دَرَاهِمَ وَدَنَانِيرَ . . لَمْ يَصِحَّ . . . .

قال الإمام : ولو قال : بعتك صاعاً من باطن هـٰذه الصبرة . . فهو كبيع الغائب .

قال : (**ولو باع بملء ذا البيت حنطة ، أو بزنة هـٰذه الحصاة ذهباً ، أو بما باع به فلان فرسه ، أو بألف دراهم ودنانير . . لم يصح**) ؛ للجهالة والغرر ، ويشترط في الثالثة : أن يقول : (بمثل ما باع) أو يقصد المثلية ، وإلا . . ففيه الخلاف فيما إذا قال : أوصيت له بنصيب ابني .

والأصح فيه : الصحة كما ذكره الرافعي في الكلام علىٰ بيع المرابحة .

وأشار بقوله : (حنطة) و(ذهباً) ـ مُنكَّراً ـ إلىٰ أن شرط الامتناع أن يكون الثمن في الذمة ، فإن كان معيناً . . صح البيع .

و(ملء البيت) مضبوط في « الشرح » و« الروضة » بالنصب بغير حرف جر علىٰ أنه مبيع وما بعده ثمن .

وفي « المحرر » و« المنهاج » بحرف الجر علىٰ أن المسائل الأربعة التي ذكراها في الثمن ، والحكم صحيح ، لـٰكن الأول أحسن ؛ لأن الكلام في أقسام المبيع لم يفرع وإنما يذكر الثمن معه تبعاً .

وصورة المسألتين : أن يكون ملء البيت وزنة الحصاة مجهولين ، فإن كانا معلومين . . صح ، فلو قال : بعتك بملء ذا البيت من هـٰذه الحنطة . . فلا يظهر إلا الصحة ؛ لإمكان الاستيفاء قبل التلف ، قاله ابن الرفعة[1] .

وأورد على الصورة الرابعة : أنه لم لا يصح ويحمل على التشطير إذا صححنا البيع بالكناية كما إذا قال : قارضتك علىٰ أن الربح بيننا أو أشركتك معي ، وكذا لو استأجر أرضاً ليزرع ويغرس . . صح في وجه ، وحمل على التشطير في الجميع .

ولو قال : هـٰذا لزيد وعمرو ، أو وقفت علىٰ زيد وعمرو ، أو أوصيت به لزيد وعمرو . . نزل على الشطر .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

وَلَوْ بَاعَ بِنَقْدٍ وَفِي ٱلْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ . . تعَيَّنَ ، أَوْ نَقْدَانِ وَلَمْ يَغْلِبْ أَحَدُهُمَا . . ٱشْتُرِطَ ٱلتَّعْيِينُ . . . .

وحكى الرافعي فيما إذا باع بألف صحاح ومكسرة وجهين ، أظهرهما : البطلان ، ثم قال : ويشبه أن يجري هـٰذا الوجه فيما ذكرناه .

وقال المصنف : لا جريان له ؛ لكثرة التفاوت بين الذهب والفضة .

قال : (**ولو باع بنقد وفي البلد نقد غالب . . تعين**) ؛ لأن الظاهر إرادتهما له ، ويندرج في عبارته : ما لو كان في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن كمكة ، والأصح : تنزيل العقد عليها .

ولو قال : بوزن عشرة دراهم من فضة ، ولم يبيِّن أنها مضروبة أو تبر . . لم يحمل على النقد الغالب بل يبطل لتردده ، قاله البغوي في « فتاويه » ، ولهـٰذا عبر المصنف بقوله : (ولو باع بنقد) ولم يقل : بذهب أو فضة ، وهو من محاسن كلامه ، فإن كان نقد البلد مغشوشاً . . ففي جواز المعاملة به أوجه تقدمت في (الزكاة) ، أصحها : الجواز .

فعلىٰ هـٰذا : إذا غلب . . انصرف العقد إليه عند الإطلاق ، ولو غلب من جنس العروض نوع . . انصرف عند الإطلاق إليه في الأصح كالنقد .

ولو كان الغالب في البلد فلوساً[1] . . تعينت ولم يحكوا فيها الخلاف الذي في العروض وإن كانت هي عروضاً في الأصح ، وحينئذ فلا يحتاج فيها إلى الوزن بل يجوز بالعدد ، وإن كانت في الذمة وتقويم المتلفات أيضاً . . يكون بغالب نقد البلد ، فإن لم يكن فيها غالب . . عين القاضي واحداً منها .

قال : (**أو نقدان ولم يغلب أحدهما . . اشترط التعيين**) ؛ لأنه ليس بعضها أولىٰ من بعض .

وصورة المسألة : إذا اختلفت قيمتهما ، وإلا . . فلا يجب التعيين كما قاله صاحب « البيان »[2] ، والمراد : التعيين لفظاً ، فلو عينا بالنية . . لم يكف ، ويكفي ذلك في نظيره من الخلع .

---

(١) في هامش (ك) : (لا تدخل الفلوس في النقد إلا علىٰ سبيل المجاز) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فروع :

لو باع بنقد معين أو أطلق وحمل على نقد البلد فأبطله السلطان . . فله ما عقد به ، وقيل : له الخيار ، وقيل : ينفسخ البيع .

ولو باع بنقد في بلد ثم لقيه في بلد آخر لا يتعاملون به فيه فدفعه إليه . . لزمه قبوله في الأصح .

وإذا عين نقداً لا يوجد أو يوجد في موضع لا يمكن إحضاره وقت وجوب التسليم ، فإن جوزنا الاستبدال . . جاز ، وإلا . . فلا .

وإذا باع بدينار صحيح فأعطىٰ صحيحين وزنهما مثقال . . لزمه القبول .

وإن أحضر صحيحاً وزنه مثقال ونصف . . قال المتولي : يلزمه قبوله والزيادة أمانة .

والصواب الذي عليه المحققون : لا يلزمه ، فإن تراضيا . . جاز ، وحينئذ لو أراد أحدهما كسره . . لم يجبر الممتنع ، ولو أعطاه نصفين وزنهما دينار . . لم يجب القبول .

قال : (**ويصح بيع الصبرة المجهولة الصيعان كل صاع بدرهم**) ؛ لأن الصبرة مشاهدة ، ولا يضر الجهل بمبلغ الثمن ؛ لأن الجهل ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة فيما إذا باع بثمن معين جزافاً .

وقيل : لا يصح البيع ؛ لأنه لم يعلم مبلغ الثمن في حال العقد ، فإن كانت الصبرة معلومة . . فلا إشكال في الصحة ، ومثله : لو باعه قطيعاً كل شاة بدرهم . . فإنه يصح . أما لو قال : بعتك من هـٰذه الصبرة كل صاع بدرهم . . فإنه لا يصح في شيء منها ؛ لأنه لم يبع جميع الصبرة ولا عين المبيع منها .

وقال ابن سريج : يصح في صاع واحد كما قال فيما إذا أجر كل شهر بدرهم قال : والأظهر : كراهة بيع الصبرة المجهولة جزافاً ؛ لأنه يوقع في الندم .

وَلَوْ بَاعَهَا بِمِئَةِ دِرْهَمٍ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ . . صَحَّ إِنْ خَرَجَتْ مِئَةً ، وَإِلاَّ . . فَلاَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَمَتَىٰ كَانَ ٱلْعِوَضُ مُعَيَّناً . . كَفَتْ مُعَايَنَتُهُ . . . .

قال : (**ولو باعها بمئة درهم كل صاع بدرهم . . صح إن خرجت مئة**) ؛ لحصول الغرضين ، وهما : بيع الجملة بالجملة ، ومقابلة كل واحد بواحد .

قال : (**وإلا . . فلا على الصحيح**) ؛ لتعذر الجمع بين الأمرين المذكورين .

والثاني : يصح ؛ لإشارته إلى الصبرة ويلغو الوصف .

فعلىٰ هـٰذا : إن خرجت ناقصة . . فللمشتري الخيار ، وإن خرجت زائدة . . فالأصح : أن الزيادة للمشتري فلا خيار له قطعاً ولا للبائع في الأصح .

وعبارته تقتضي : ضعف الخلاف وأنه وجهين ، وعبر في « الروضة » بالأظهر ، وهو الصواب فهو مخالف لما في الكتاب من وجهين .

ولو قال : بعتك من هـٰذه الصبرة كل صاع بدرهم . . لم يصح على الصحيح[1] ، واختار الإمام وشيخه الصحة[2] .

ولو قال : بعتك صاعاً منها بدرهم ومهما زاد بحسابه . . صح[3] ، قاله الرافعي في (كتاب الإجارة) ، فإن عبر بقوله : علىٰ أن ما زاد فبحسابه . . لم يصح ؛ لأنه شرط عقد في عقد .

ولو قال : بعتك عشرة من هـٰذه الأغنام بكذا . . لم يصح وإن علم عدد الجميع ، بخلاف مثلها في الثوب والصبرة والأرض ؛ لأن قيمة الشاة تختلف .

قال : (**ومتىٰ كان العوض معيناً . . كفت معاينته**) ثمناً كان أو مثمناً اعتماداً على التخمين ، ولا تشترط معرفة قدره بالكيل والوزن .

وفي « الذخائر » وجه : أنه لا تكفي المعاينة .

---

(١) في (ت) و(ج) : (لأنه لم يبع جميع الصبرة ولا عين المبيع منها ، وقيل : يصح في صاع واحد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (أي : في صاع واحد) .

وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْغَائِبِ ، وَالثَّانِي : يَصِحُّ ، وَيَثْبُتُ ٱلْخِيَارُ . . . .

وإذا باع صبرة في موضع فيه انخفاض وارتفاع ، أو سمناً ونحوه في ظرف مختلف الأجزاء رقة وغلظاً . . فكبيع الغائب على الأصح .

والثاني : القطع بالصحة .

والثالث : بالبطلان .

ولو باع الصبرة إلا صاعاً ، فإن كانت معلومة الصيعان . . صح ، وإلا . . فلا .

قال : (**والأظهر : أنه لا يصح بيع الغائب**) ؛ لأنه غرر ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه .

قال الماوردي : ونص عليه الشافعي رضي الله عنه في ستة كتب[1] ، وسواء كان ذلك في الثمن أو المثمن ، لـٰكن يجوز للعبد أن يشتري نفسه وللحر أن يؤجر نفسه ؛ لأن أحداً لا يجهل نفسه .

قال : (**والثاني : يصح ، ويثبت الخيار**) ؛ لحديث : « من اشترىٰ ما لم يره . . فهو بالخيار إذا رآه »[2] لـٰكنه ضعيف ، وقال الدارقطني : باطل ، وإلىٰ هـٰذا القول ذهب جمهور الأصحاب ، ونص عليه في ستة كتب أيضاً .

ولا يثبت الخيار بزيادة ولا بما لا يكترث به من النقص .

وإذا صححنا بيع الغائب . . فلا بد من ذكر جنس المبيع على الصحيح بأن يقول : بعتك عبدي أو داري أو فرسي ، ولا يجوز أن يقول : بعتك ما في كمي أو داري أو ما ورثته عن أبي إذا لم يعرفه المشتري .

وأما النوع . . فالأصح أيضاً : أنه لا بد من ذكره بأن يقول : عبدي التركي أو الحبشي وفرسي العربي أو الرومي ، فإن كان أكثر من واحد من ذلك النوع . . فيذكر ما يحصل به تمييز المبيع من غيره من ذكر اسمه أو نسبه أو غيرهما ، وهل يفتقر معهما إلى الصفات ؟ الأصح المنصوص : لا .

---

(١) في (ت) : (في ستة مواضع من كتبه) .

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤) ، والبيهقي (٥/ ٢٦٨) ، والديلمي في «الفردوس» (٥٩١٤) .

قال : (**عند الرؤية**) ؛ لظاهر الخبر سواء اشترطه أم لم يشترطه على الصحيح ، ولا فرق بين أن يشترط ذكر الوصف فيجده كما وصفه أو لا يشترطه على الأصح .

أما قبلها . . فالأصح : نفوذ الفسخ دون الإجارة ، وقيل : ينفذان ، وقيل : لا ينفذان .

وظهور زيادة على الصفة المذكورة في حق البائع إذا باع ما لم يره كظهور النقصان في جانب المشتري إذا اشترىٰ ما لم يره .

ولو حضر البائع فرأىٰ بعضه دون بعض . . لم يبطل خياره حتىٰ يرىٰ جميعه .

واستفيد من لزوم ثبوت الخيار عند الرؤية : أن شراء الأعمىٰ لا يصح وإن جوزنا بيع الغائب ؛ لأنه لا يمكن إثبات الخيار له ، لعدم إمكان رؤيته ، وهـٰذا هو الأصح .

وقيل : يصح ويقوم وصف غيره له مقام رؤيته .

والقولان في بيع الغائب جاريان في شرائه ، وإجارته ، والصلح عليه ، وجعله رأس مال سَلَم إذا أُسلم في المجلس ، وصحة تسميته في الصداق ، والخلع ، والعفو عن الدم ، وفي الرهن ، والهبة ، وأولىٰ بالصحة .

وقيل : يصح اتهاب الغائب ولا تصح هبته ، والخلاف أيضاً جار في الوقف ، لـٰكن صحح ابن الصلاح والمصنف : الصحة ، وجزم القفال في « الفتاوىٰ » بالمنع[1] .

فرع :

لا يشترط في صحة البيع أن يكون المشتري من أهل المعرفة بالمبيع ، فلو رأىٰ جوهرة فاشتراها وهو لا يعرف الجوهر من الزجاج . . صح .

وعن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي : أنه يشترط ؛ لأن مقصود الرؤية معرفة الأوصاف .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

وَتَكْفِي ٱلرُّؤْيَةُ قَبْلَ ٱلْعَقْدِ فِيمَا لاَ يَتَغَيَّرُ غَالِباً إِلَىٰ وَقْتِ ٱلْعَقْدِ ، دُونَ مَا يَتَغَيَّرُ غَالِباً .

قال (**وتكفي الرؤية قبل العقد فيما لا يتغير غالباً إلىٰ وقت العقد**) كالأرض والحديد والأواني ونحوها ؛ لأن الغالب بقاؤها علىٰ ما كانت عليه .

وشرط الصحة : أن يكون عند العقد ذاكراً للأوصاف التي رآها ، وإلا . . فهي بيع غائب ، قاله ابن الرفعة تبعاً للماوردي[1] ، واستغربه في « شرح المهذب » وقال : لم يتعرض له الجمهور .

والصواب : اعتباره[2] ؛ لأن تغير الأزمان منكر للمعارف .

وشرط الأنماطي الرؤية عند العقد وهو منقول عن النص .

وقيل : إن الإصطخري ألزمه فيما إذا كان في يده خاتم فأراه غيره فنظره جميعه ثم غطاه بكفه ثم باعه منه ، وفيما لو دخل داراً ونظر إلىٰ جميعها ثم وقف في ناحية منها واشتراها . . أنه لا يصح ، فقال : لا يصح فيهما .

وهـٰذا لا يصح ؛ لأن الإصطخري لم يذكره ، وإنما هـٰذه المناظرة وقعت مع من احتج بقول[3] الأنماطي .

قال : (**دون ما يتغير غالباً**) كالفواكه والأطعمة ؛ لأن الرؤية السابقة لم تفد معرفته حال العقد .

وقيل : يصح ، وصححه الشيخ أبو علي في « شرح التلخيص » ، وسكت المصنف عما إذا احتمل التغير وعدمه كالحيوان ، وفيه وجهان : أصحهما : الصحة ؛ لأن الظاهر بقاؤه بحاله .

فرع :

اختلفا : فقال المشتري : تغير عما رأيته عليه فلي الخيار ، وأنكر البائع . . ففيه رأيان :

---

(١) في هامش (ك) : (كما جزم به الروياني وابن الرفعة وقال النشّائي في « نكته » : إنه ظاهر النص) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في (ز) و(ك) : (لقول) .

وَتَكْفِي رُؤْيَةُ بَعْضِ ٱلْمَبِيعِ إِنْ دَلَّ عَلَىٰ بَاقِيهِ كَظَاهِرِ ٱلصُّبْرَةِ ، . . . .

أحدهما ـ عن صاحب « التقريب » وصححه الغزالي ـ : أن القول قول البائع .

وأظهرهما ـ وهو المنصوص وقطع به صاحب « التنبيه » وغيره ـ : أن القول قول المشتري مع يمينه .

فرع :

رأىٰ ثوبين فسرق أحدهما فاشترى الثاني ولا يعلم أيهما المسروق . . قال الغزالي : إن تساوت قيمتهما وصفتهما وقدرهما كنصفي كرباس واحد . . صح البيع بلا خلاف ، وإن اختلفا في شيء من ذلك . . ففيه القولان في بيع الغائب .

واعترض عليه ابن الصلاح في ذلك وقال : الصواب إجراء الخلاف في صورة التساوي أيضاً ، وصوب المصنف في « شرح المهذب » كلام الغزالي وأفسد قول ابن الصلاح .

قال : (**وتكفي رؤية بعض المبيع إن دل علىٰ باقيه كظاهر الصبرة**) ؛ لأن الغالب فيها عدم الاختلاف ، وكذلك الجوز واللوز .

وتكفي رؤية المائعات في ظروفها كالعسل والخل واللبن والدبس والزيت والسمن .

أما ما لا يدل علىٰ باقيه كصبرة البطيخ والرمان والباذنجان . . فلا بد من رؤية كل واحد منها ، بل قال البغوي : إذا رأىٰ أحد جانبي البطيخة . . كان كبيع الغائب .

ولا تكفي في سلة العنب والتين والخوخ رؤية أعلاها ؛ لكثرة الاختلاف فيها ، قاله المتولي والرافعي ، وفي كلام الإمام ما يخالفه ، فإنه قال : لو اشترىٰ قِرْطَلَّة فاكهة فظهر فيها حشوٌ جهله . . يخيَّر .

والتمر إن لم تلتصق حباته . . فصبرته كصبرة الجوز واللوز ، وإن التصقت حباته كالقوصرة . . كفىٰ رؤية أعلاها على الصحيح ، والقطن في العدل كقوصرة التمر .

وإن كانت الحنطة في بيت مملوء فرأىٰ بعضها من الكوة أو الباب . . كفىٰ .

لـٰكن إن باعها جزافاً . . اشترطت معرفة سعة البيت وعمقه ، وإلا . . فلا ، وكذا الجمد في المجمدة .

وَأُنْمُوذَجِ ٱلْمُتَمَاثِلِ ، أَوْ كَانَ صِوَاناً لِلْبَاقِي خِلْقَةً كَقِشْرِ ٱلرُّمَّانِ وَٱلْبَيْضِ ، . . . . .

قال : (**وأنموذج المتماثل**) هو : بفتح الذال المعجمة ، والمراد : أنه إذا كان عنده قمح مثلاً فأخذ شيئاً منه وأراه لغيره ، كما يفعله السمسار ، ويسمونه : العين ، فذلك المقدار هو الأنموذج .

فإذا اعتمد في الشراء علىٰ رؤيته ، فإن قال : بعتك من هـٰذا النوع كذا . . فهو باطل ، وإن قال : بعتك الحنطة التي في هـٰذا البيت وهـٰذا الأنموذج منها ، فإن لم يدخل الأنموذج في البيع . . لم يصح على الأصح ؛ لأنه لم ير المبيع ولا شيئاً منه ، وإن أدخله فيه . . صح ، وهـٰذه الصورة التي أرادها المصنف .

ومراده بـ(المتماثل) : المتساوي الأجزاء كالحبوب ونحوها ، لا المثلي كما توهمه ابن الرفعة ، وإلا . . فيرد عليه السفرجل والبطيخ ونحوهما ؛ فإن رؤية الأنموذج فيها لا تكفي كما تقدم .

قال : (**أو كان صواناً للباقي خلقة كقشر الرمان والبيض**) ؛ لأن صلاحه في إبقائه فيه ، ومن ذلك قصب السكر كما سيأتي في (باب بيع الأصول والثمار) إن شاء الله تعالىٰ .

وكان ينبغي أن يزاد : (وما في معناه) ؛ فإن الروياني والمصنف وغيرهما جوزوا بيع الكعك المحشو والخشكنان ونحوهما ؛ لأنه من مصلحته كقشر الرمان ، وفي معنىٰ ذلك : الفقاع ؛ فإن الكوز صوان مَصْلحي لا خلقي[1] .

وقال العبادي : يفتحه وينظر فيه بحسب الإمكان .

أما الدر في الصدف . . فلا يصح بيعه جزماً .

وقد أجمعوا علىٰ صحة بيع الجبة المحشوة بالقطن ونحوها ، ولعل اللحف والفرش في معنىٰ ذلك .

ولا تكفي رؤية المبيع من وراء قارورة شفافة ، بخلاف السمك والأرض في الماء

---

(١) في هامش (ك) : (قد يقال : مسألة الفقاع لا ترد ؛ لأن المبيع نفس الفقاع لا ظرفه ، بخلاف الخشكنان ونحوه) اهـ

الصافي ؛ لأن استتارهما به من صلاحهما ، كذا قيد الرافعي صحة البيع هنا بصفاء الماء مع تصحيحه إجارة الأرض مستورة بماء كدر .

فائدة :

(الرُّمّان) فُعّال ، كالحُمّاض والعُنّاب ، وليس بفعلان ، كقولهم : أرض مرمنة .

روى البيهقي في « الشعب » [٥٩٥٨] عن علي رضي الله عنه أنه قال : (كلوا الرمان بشحمه ؛ فإنه دباغ المعدة) .

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما : أنه كان إذا سقطت منه حبة رمان أكلها ، فسئل عن ذلك ؟ فقال : (بلغني أنه ليس في الأرض رمانة تلقح إلا بحبة من حب الجنة ، فلعلها هـٰذه)[١] .

قال صاحب « الفلاحة » : تؤخذ رمانة من شجرة وتعد حباتها فتكون حبات رمان تلك الشجرة كذلك العدد ، وكذلك تعد شرفات قمع الرمانة ، فإن كانت زوجاً . . فعدد حباتها زوج ، وإن كانت فرداً . . فعدد حباتها فرد .

و(الصوان) بضم الصاد وكسرها ، والصيان بالياء : الوعاء الذي يصان فيه الشيء ، تقول : صنت الشيء صوناً . وصياناً وصيانة فهو مصون ، ولا تقل : مصان ، وثوب مصون على النقص ، ومصوون على التمام .

قال : (**والقشرة السفلىٰ للجوز واللوز**) ؛ لأنه بدونها يفسد ، أما القشرة العليا . . فلا يصح بيعه فيها كما سيأتي في (بيع الثمار) ، ولا يصح بيع اللب وحده على القولين جميعاً .

قال : (**وتعتبر رؤية كل شيء علىٰ ما يليق به**) ؛ لاختلاف الغرض بذلك ، ففي الكتاب بنظره ورقة ورقة ، وفي الورق : جميع طاقاته ، وفي العبد : الوجه

(١) أخرجه البيهقي في « الشعب » (٥٩٦٠) ، والطبراني في « الكبير » (١٠/٢٦٣) .

. . . .

والأطراف ، وكذا باقي البدن على الأصح ما خلا العورة ، وأصح الأوجه في زوائد « الروضة » : أن الأمة كالعبد .

وثانيها : تشترط رؤية ما يبدو عند المهنة والحاجة .

والثالث : الوجه والكفين ، وتشترط رؤية الشعر في الأصح ، لا رؤية اللسان والأسنان على الأصح .

وفي الدواب : مقدمها ومؤخرها وقوائمها ورفع السرج والإكاف والجل ، وهل يشترط أن يجريها بين يديه ؟ وجهان : أصحهما : لا .

وفي شراء الدار : السقوف والجدران داخلاً وخارجاً والمستحم والبالوعة ، وكذا السطوح في الأصح .

وفي البستان : الأشجار والجدران ومسايل الماء ، ولا حاجة إلىٰ رؤية أساس البنيان وعروق الأشجار ونحوها .

والأصح : اشتراط رؤية طريق الدار ، ومجرى الماء الذي تدور به الرحىٰ .

وفي الثوب المطوي : نشره ، وللإمام احتمال فيما لا ينشر إلا عند القطع ، وإذا نشر فما كان صفيقاً كالديباج المنقوش.. اشترط رؤية وجهيه ، وكذلك البسط والزلالي والرقيق .

والكرباس : تكفي رؤية أحد وجهيه في الأصح .

وقيل : يشترط اللمس في الثياب ، والشم في المسك ونحوه ، والذوق في الخل ، والصحيح : خلافه .

فرع :

عن القفال : إذا اشترىٰ ثوباً مطوياً وصححنا الشراء[1] فنشره واختار الفسخ وكان لطيِّه مؤنة ولم يحسن طيه.. كانت مؤنة الطي على المشتري ، كما لو اشترىٰ شيئاً ونقله إلىٰ بيته فوجد به عيباً.. كانت مؤنة رده عليه .

---

(١) في هامش (ك) : (بأن رآه قبل العقد والطي) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ وَصْفَهُ بِصِفَةِ ٱلسَّلَمِ لاَ يَكْفِي . وَيَصِحُّ سَلَمُ ٱلأَعْمَىٰ ، . . . .

فرع :

لو كان الثوب علىٰ منسج قد نسج بعضه فباعه علىٰ أن ينسج البائع باقيه . . لم يصح البيع قطعاً نص عليه .

قال : (**والأصح : أن وصفه بصفة السلم لا يكفي**) وكذلك سماع وصفه بطريق التواتر ؛ لأن الرؤية تفيد أموراً تقصر عنها العبارة ، وفي الحديث : « ليس الخبر كالمعاينة »[1] .

والثاني : يكفي ؛ لأنها تقوم مقام الرؤية .

وصورة المسألة : أن يبيعه شيئاً حاضراً تمكن رؤيته ويجعل الوصف قائماً مقام الرؤية ، كقوله : بعتك الفرس التي في داري ، أو الثوب التي في حانوتي وصفتها كذا وكذا . . فلا يقوم الوصف مقام الرؤية .

أما التي في (باب السلم) في قول المصنف : (ولو قال : اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهٰذه الدراهم ، فقال : بعتك . . انعقد بيعاً ، وقيل : سلماً) . . فتلك في شراء موصوف في الذمة ، وكلامه هنا في بيع حاضر جعلا فيه الصفة قائمة مقام الرؤية ، فافترقا .

وإذا اختلفا في رؤية المبيع : فأنكرها المشتري ، وادعاها البائع . . فأفتى الغزالي بأن القول قول البائع ، وسيأتي في آخر (اختلاف المتبايعين) .

قال : (**ويصح سلم الأعمىٰ**) مسلماً كان أو مسلماً إليه ؛ لأن المعتمد عليه في السلم الوصف ، واستدل له العراقيون بصحة سلم البصير فيما لم يشاهده ؛ لأن أحداً لم يقل : إنه لا يجوز لأهل بغداد أن يسلموا في الموز ، ولا لأهل خراسان أن يسلموا في الرطب ؛ لأنهم لم يشاهدوه .

وثبوت المسمىٰ في نكاح الأعمى الذي لم يتقدم له إبصار ، فإن كان الأعمىٰ قد رأىٰ شيئاً مما لا يتغير وهو ذاكر لصفاته . . فإنه يصح بيعه وشراؤه كالبصير .

---

(١) أخرجه ابن حبان (٦٢١٣) ، والحاكم في « المستدرك » (٢/ ٣٢١) ، والضياء في « المختارة » (١٨٢٨) ، وأحمد (١/ ٢١٥) .

وَقِيلَ : إِنْ عَمِيَ قَبْلَ تَمْيِيزِهِ . . فَلاَ . . . .

قال : (**وقيل : إن عمي قبل تمييزه . . فلا**) ؛ لعدم معرفته الصفات ، وسيأتي في (باب السلم) : أنه تشترط معرفة المتعاقدين الصفات ، وهـٰذا يقوي هـٰذا الوجه .

تتمة :

إذا ملك الأعمىٰ شيئاً بالسلم أو الشراء وصححناه . . لم يصح قبضه ذلك بنفسه ، بل يوكِّل بصيراً يقبضه له بتلك الأوصاف ، فلو قبضه الأعمىٰ . . لم يعتد به .

قال المتولي : ولو اشترى البصير شيئاً ثم عمي قبل قبضه وقلنا : لا يصح شراؤه . . فهل ينفسخ البيع ؟ فيه وجهان : صحح المصنف منهما : عدم البطلان .

* * *

خاتمة

قال : بعتك هـٰذا العبد الكبير وكان صغيراً . . صح تغليباً للإشارة ، قاله الروياني .

وبيع الجزر واللفت والبصل ونحوها في الأرض لا يصح قولاً واحداً ؛ لأنه غرر ، وبه قال ابن المنذر وأحمد ، وأجازه مالك والأوزاعي وإسحاق .

قال المصنف : ومما تعم به البلوىٰ : ما اعتاده الناس من بيع النصيب من الماء الجاري من النهر ، قال المحاملي : هو باطل ؛ لجهالة قدره ، ولأن الماء الجاري غير مملوك[١] .

ولو اشترىٰ سمناً ، أو غيره من المائعات ، أو غيرها في ظرفه كل رطل بدرهم مثلاً علىٰ أن يوزن بظرفه ويسقط أرطالاً معينة بسبب الظرف ولا يوزن الظرف . . فالبيع باطل بلا خلاف ؛ لأنه غرر ظاهر[٢] .

قال في « شرح المهذب » : وهـٰذا من المنكرات المحرمة التي تقع في كثير من الأسواق .

* * *

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

باب الربا

لفظه مقصور ، ويكتب بالألف والواو والياء ، وقد يقال فيه أيضاً : الرماء ـ بالميم والمد ـ وأصله : الزيادة إما في أصل الشيء ، كقوله تعالىٰ : ﴿ٱهْتَزَّتْ وَرَبَتْ﴾ أي : نمت وزادت ، وإما في مقابله ، كدرهم بدرهمين .

قال القاضي أبو حامد وداوود الظاهري : إنه حقيقة في الأول مجاز في الثاني .

وقيل : حقيقة فيهما .

وقال ابن سريج : هو في الثاني حقيقة شرعية .

وقيل : الربا كل بيع محرم ، ونقل عن عمر وعائشة رضي الله عنهما .

وهو في الشرع : الزيادة في بيع النقد والمطعوم بمثلهما ، وهو من الكبائر .

روى ابن بكير عن مالك بن أنس : أن رجلاً أتىٰ إليه فقال : يا أبا عبد الله ، رأيت رجلاً سكراناً يتقافز يريد أن يأخذ القمر بيده ، فقلت : امرأتي طالق إن كان يدخل في جوف ابن آدم شر من الخمر ، فقال : ارجع حتىٰ أنظر في مسألتك ، فأتاه من الغد فقال : امرأتك طالق ؛ إني تصفحت الكتاب والسنة فلم أر شيئاً أشد من الربا ؛ لأن الله تعالىٰ آذن فيه بالحرب .

وهو أنواع :

(ربا الفضل) وهو : زيادة أحد العوضين على الآخر في المقدار .

و(ربا النساء) وهو : بيع مال بمال نسيئة .

و(ربا اليد) وهو : بيع مال بمال يقبض فيه أحد العوضين في المجلس دون الآخر .

وذكر المتولي نوعاً رابعاً وهو (ربا القرض) وهو : أن يقرضه مالاً بمثله بشرط جر منفعة ؛ لقول فضالة بن عبيد : كل قرض جر منفعة فهو ربا[1] ، ورواه الحارث بن أبي

---

(١) البيهقي (٥/٣٤٩) .

أسامة من حديث علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم[1] .

والأصل في تحريمه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ ، وقوله عز وجل : ﴿ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰاْ ﴾ .

و(لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده) رواه مسلم [١٥٩٨] من حديث جابر رضي الله عنه .

وروىٰ أحمد [٥/ ٢٢٥] عن أبي هريرة رضي الله عنه ، والدارقطني [٣/١٦] والبيهقي [هب ٥٥١٧] عن عبد الله بن حنظلة الغسيل رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « درهم ربا يأكله ابن آدم أشد عند الله تعالىٰ إثماً من ست وثلاثين زنية » .

وفي « المستدرك » [٢/٣٧] من حديث مسروق عن عبد الله رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الربا سبعون باباً أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه ، وإنَّ أربى الربا عِرض الرجل المسلم » ثم قال : صحيح علىٰ شرط الشيخين .

وقال عمر رضي الله عنه : (لا يتَّجرْ في سوقنا إلا من فَقُهَ ، وإلا . . أَكَلَ الربا)[2] .

وقال علي رضي الله عنه : (من اتَّجر قبل أن يتفقه . . ارتطم في الربا ، ثم ارتطم ، ثم ارتطم) أي : وقع فيه وارتبك ونشب .

وقيل : إن الربا لم يحل في شريعة قط ، قال تعالىٰ : ﴿ وَأَخْذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدْ نُهُواْ عَنْهُ ﴾ .

قال : (**إذا بيع الطعام بالطعام**) إنما قدمه على النقد ؛ لأن أحكامه أكثر ، وعبر في « المحرر » بالمطعوم[3] ، وعبارة المصنف موافقة لرواية مسلم [١٥٩٢] عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الطعام بالطعام إلا

(١) « المطالب العالية » (١٥٤٢) .

(٢) « التمهيد » (٢/ ٢٤٧) .

(٣) في هامش (ك) : (الذي هو مفعول ، وقد يقال : كل منهما مشتق ، فلِمَ عدل عن عبارة « المحرر » وكل منهما اسم عين؟ لـٰكن الأول أعم من الثاني) .

إِنْ كَانَ جِنْساً . ٱشْتُرِطَ ٱلْحُلُولُ ، وَٱلْمُمَاثَلَةُ ، وَٱلتَّقَابُضُ قَبْلَ ٱلتَّفَرُّقِ ، . . . . .

مثلاً بمثل) فعلق المنع على الطعام ، وهو اسم مشتق ، وتعليق الحكم على الاسم المشتق يدل على التعليل بما فيه من الاشتقاق ، كقوله تعالىٰ : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ ﴾ ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ ﴾ .

ولأنه صلى الله عليه وسلم نص علىٰ أصناف مختلفة المقاصد مع الاشتراك في أنها مطعومة ، فدل على التعليل بالقدر المشترك .

وفي القديم : العلة مع الطعم : التقدير في الجنس بالكيل أو الوزن ، فلا ربا فيما لا يوزن ولا يكال كسفرجل ورمان وبيض وجوز وأترج ونارنج وغيرها ، واختلفوا على الجديد في مسائل :

منها : الزعفران والسقمونيا والطين الأرمني والمختوم والأدهان المطيبة ، فهـٰذه ربوية على الأصح .

ومنها : حب الكتان ودهنه ودهن السمك والطين الخراساني وماء الورد ، فهـٰذه غير ربوية على الأصح .

والفرق بين الطين الأرمني والخراساني : أن الأرمني دواء .

والطين المصري كالخراساني في الحكم وسيأتي .

ولا يحرم أكل الطين ؛ لأنه لم يصح فيه حديث إلا أن يضر لكثرته فيحرم ، وبهـٰذا قال الروياني ومشايخ طبرستان .

وقال والده وجده والزجاجي والحناطي والقفال والقاضي حسين : يحرم .

وإذا قلنا بهـٰذا : فليس بربوي وإنما الخلاف إذا قلنا بإباحته ، وسيأتي في (الأطعمة) فيه زيادة في ذلك .

قال : (**إن كان جنساً . اشترط الحلول ، والمماثلة ، والتقابض قبل التفرق**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٥٩٤] : أن بلالاً رضي الله عنه جاء بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « من أين هـٰذا ؟ » فقال بلال : كان عندنا تمر رديء فبعت منه صاعين بصاع ؛ ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أَوَّهْ! عينُ الربا ، لا تفعل ولـٰكن مثلاً بمثل أو بيعوا هـٰذا واشتروا بثمنه » .

وروىٰ أيضاً [١٥٨٧] عن عبادة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، فإذا اختلفت هٰذه الأجناس . . فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم : « إنما الربا في نسيئة »[١] . . فقال الشافعي رضي الله عنه : إنه جواب سائل سأل عن التفاضل في جنسين ، فنقل الراوي الجواب دون السؤال .

وقول المصنف : (إن كان جنساً) أي : مجموع الثمن والمثمن، وفي « المحرر »: إن كانا ، وهو أحسن[٢] .

وأشار بقوله : (جنساً) إلىٰ أن اختلاف النوع لا يضر . كبرنيٍّ بمعقلي ، والصفةِ كجيد برديء .

ولا بد في القبض أن يكون محققاً ، فلا تكفي الحوالة إن لم يحصل القبض لها في المجلس ، وكذا إن حصل في الأصح ، وتكفي الوكالة إن قبض الوكيل قبل مفارقة الموكل المجلس ، فإنْ قبض بعد مفارقة الموكل المجلس . . امتنع .

ولو كان العاقد عبداً مأذوناً فقبض سيده . . لم يكف ، قاله الجوري ، أو وكيلاً فقبض موكله . . لم يكف بلا خلاف .

ولو مات العاقد . . قام وارثه مقامه على الأصح .

ولو تقابضا بعضَ كل واحد من العوضين ثم تفرقا . . بطل في غير المقبوض ، وفي المقبوض قولا تفريق الصفقة .

والمراد بـ(التفرق) : ما في خيار المجلس ، ولا فرق فيه بين العامد والناسي ـ نص عليه الشافعي والإمام ـ ولا بين العالم والجاهل ـ قاله الماوردي ـ ولا بين المختار والمكره ، قاله الصيمري[٣] .

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٩٦) ، والنسائي (٧/ ٢٨١) ، وابن ماجه (٢٢٥٧) .

(٢) وقد جاء في بعض نسخ « المنهاج » : (إن كانا) ، وبعضها : (إن كان) ، والذي وقع في « التحفة » و« النهاية » و« المغني » : (إن كانا) .

(٣) في هامش (ك) : (ما قاله رأي مرجوح ، والراجح : أن التفرق كالإكراه لا يؤثر كما صرح به ابن المقري [١/ ٢٣]) .

. . . .

وقد يستشكل بأن الصحيح : عدم انقطاع الخيار بالتفرق كرهاً ، فإن صح الحكمان . . فلعله لضيق باب الربا ، أو لأن القبض شرط فلم يختلف بالنسبة إلى المكره وغيره ، أو لأن باب الربا الأغلب عليه التعبد[1] .

مهمة :

في « الروضة » هنا : أن إجازة العقد قبل التقابض[2] مبطلة[3] خلافاً لابن سريج .

وفي (باب الخيار) : لو تقابضا ثم أجازا في المجلس . . لزم العقد ، فإن أجازا قبل التقابض . . فوجهان :

أحدهما : تلغو الإجازة ويبقى الخيار .

والثاني : يلزم العقد وعليهما التقابض ، فإن تفرقا قبله . . انفسخ العقد ، ولم يتعرض للوجه الذي جزم به هنا ، وهـٰذا إنما يأتي علىٰ قول ابن سريج ، وليس للمسألة ذكر في « الشرح الصغير » ولا في « المحرر » ، وهي في « شرح المهذب » هنا وهي آخر مسألة فيه .

ومتىٰ وقع العقد مع فوات أحد الشروط . . كان باطلاً وأثما به ، وكذا إذا تفرقا من غير قبض . . أثما أيضاً وعليهما إذا أرادا التفرق أن يتفاسخا أو يتقايلا ثم يفترقان . ومن هـٰذه المسألة يؤخذ : أن تعاطي العقود الفاسدة حرام .

وخرج من كلام المصنف : ما إذا باع طعاماً بغير طعام ، فلا يشترط فيه شيء من الثلاثة بالإجماع .

---

(١) في هامش (ك) : (قد جرى ابن المقري في « مختصر الروضة » على هـٰذا التفرق القاطع للخيار بالتراضي) .

(٢) في النسخ : (التفرق) ، والتصويب من هامش (ت) ونسخة بهامش (ج) ، وعبارة « الروضة » (٣/ ٣٨١) : (والتخاير في المجلس قبل التقابض كالتفرق فيبطل العقد ، وقال ابن سريج : لا يبطل ، والصحيح : الأول) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

أَوْ جِنْسَيْنِ كَحِنْطَةٍ وَشَعِيرٍ . . جَازَ ٱلتَّفَاضُلُ ، وَٱشْتُرِطَ ٱلْحُلُولُ وَٱلتَّقَابُضُ . وَٱلطَّعَامُ مَا قُصِدَ لِلطُّعْمِ ٱقْتِيَاتاً أَوْ تَفَكُّهاً أَوْ تَدَاوِياً . . . .

قال : (**أو جنسين كحنطة وشعير . . جاز التفاضل ، واشترط الحلول والتقابض**) ؛ لما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا اختلفت هـٰذه الأجناس . . فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » فشرط التقابض وهو مستلزم الحلول غالباً ، ومثل المصنف بالحنطة والشعير ؛ لأن مالكاً نقل عنه : أنهما جنس واحد .

قال : (**والطعام ما قصد للطعم اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً**) ؛ لأن حديث عبادة رضي الله عنه ذكر فيه أربعة : البر ، والشعير ، والتمر ، والملح ، وهي مختلفة المقاصد : فمقصود البر والشعير القوت وألحق بهما ما في معناهما كالأرز والذرة ، ومقصود التمر التأدم فألحق به ما في معناه كالزبيب والفواكه ونحوها ، ومقصود الملح الإصلاح فألحق به ما في معناه من الأدوية .

ولا فرق بين ما يؤكل نادراً كالبلوط والطُّرْثُوث[1] ، أو غالباً كالحبوب .

ومن الربويات : الفواكه والحلوىٰ والإهليلج[2] والبقول والتوابل والمصطكى[3] والزنجبيل والصمغ والقُرطُم[4] وبزرِ البصل والجزر والفجل واللفت ؛ لأنها تصير مأكولة بعد نباتها ، وكذلك الصعتر و(الثفاء) بالثاء المثلثة وتشديد الفاء والمد ، وهي : حب الرشاد .

ولا ربا في الرياحين ـ إلا أن يركب[5] منها شيء بالسكر أو العسل ـ ولا في الصندل والكافور والمسك والنوىٰ والجلود والعظام وإن كان يجوز أكلها ؛ لأنه لا يعتاد .

وعود البخور ليس بربوي ، قال الشيخ : ولم أر فيه خلافاً .

وفي « الرافعي » و« الروضة » ما يقتضي إثبات خلاف فيه ، وهو وهم .

---

(١) **الطرثوث** : نبت رملي طويل مستدق ، يؤكل ، واحدته : طرثوثة .
(٢) **الإهليلج** : شجر ينبت في الهند والصين ، ثمره على هيئة حب الصنوبر .
(٣) **المصطكىٰ** : شجر ينبت برياً في سواحل الشام ، ويستخرج منه علك ، من فصيلة البطميات .
(٤) **القرطم** : نبات زراعي صبغي ، يسمىٰ : العُصفُر .
(٥) في غير (ج) : (يرتب) .

. . . .

ولا ربا في الحيوان إلا في السمك الصغير إذا جوزنا ابتلاعه حياً ، وهو الأصح[١] .

ومنع أبو حنيفة بيع الحيوان بالحيوان نسيئة .

لنا : (أن عبد الله بن عمرو بن العاصي ابتاع للنبي صلى الله عليه وسلم بأمره البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلىٰ خروج المصدق)[٢] .

و (باع علي جملاً بعشرين بعيراً إلىٰ أجل)[٣] ولم يعرف له مخالف .

ولأنه يجوز التفاضل بينهما فليجز الأجل ، كما لو باع ثوب قطن بثوب إبريسم إلىٰ أجل .

واحترز عما يجوز أكله ولا يقصد عادة لشيء منها كأطراف قضبان العنب والجلود كما تقدم .

والمراد : طعم الآدميين غالباً ، وهو بضم الطاء ، فمطعوم الجن كالعظم وما اختصت به البهائم كالحشيش . . غير ربوي .

ويرد علىٰ إطلاق المصنف خروج الماء العذب منه ، وهو ربوي على الأصح .

فإن قيل : لو كان مطعوماً لم يجز الاستنجاء به . . قلنا : ثبتت الأحاديث بجواز ذلك فصار مستثنى للحاجة إليه .

فإن قيل : ذكر المصنف في (كتاب الأيمان) : أن الطعام يتناول القوت والفاكهة والأدم والحلوىٰ ولم يذكر التداوي هناك . . فالجواب : أن العرف لا يقتضيه ؛ لأن مأخذ البابين مختلف ، أما الإدام . . فإنه طعام هنا وهناك وإن لم يذكره هنا في « المحرر » .

---

(١) في هامش (ت) : (قوله : « وهو الأصح » أي : جواز ابتلاعه ، وأما كون الأصح : أنه ربوي . . فلا نص عليه في « شرح الروض ») .

(٢) الحاكم (٢/ ٥٦) ، والبيهقي (٥/ ٢٨٧) ، وعبد الرازق (١٤١٤٤) واللفظ له .

(٣) « الموطأ » (٢/ ٦٥٢) ، وعبد الرزاق (١٤١٤٢) .

وَأَدِقَّةُ ٱلْأُصُولِ ٱلْمُخْتَلِفَةِ ٱلْجِنْسِ وَخُلُولُها وَأَدْهَانُهَا . أَجْنَاسٌ ، وَٱللُّحُومُ وَٱلْأَلْبَانُ كَذَٰلِكَ فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَٱلْمُمَاثَلَةُ تُعْتَبَرُ فِي ٱلْمَكِيلِ كَيْلاً ، وَٱلْمَوْزُونِ وَزْناً . . . . . .

قال : (**وأدقة الأصول المختلفة الجنس وخلولها وأدهانها . . أجناس**) ؛ لأنها فروع لأصول مختلفة ربوية فأجري عليها حكم أصولها ، وكل شيئين جمعهما اسم خاص . . فهما جنس واحد ، وما ليس كذلك . . فهما جنسان .

فعلىٰ هـٰذا : يباع دقيق الحنطة بدقيق الشعير متفاضلاً .

واحترز بـ(المختلفة) عن المتحدة كأدقة أنواع القمح ؛ فإنها جنس قطعاً .

قال : (**واللحوم والألبان كذلك في الأظهر**) ؛ لأنها أيضاً فروع لأصول مختلفة .

والثاني : أنها جنس واحد ؛ لاشتراكهما في الاسم .

وعلىٰ هـٰذا : ففي لحوم البريات مع البحريات وجهان : الأصح في أصل « الروضة » : أنها جنس واحد ، ولم يصحح الرافعي شيئاً .

والظبي مع الأيل[1] كالضأن والمعز .

والأصح : أن الجراد ليس من جنس اللحوم .

والثاني : من لحوم البريات .

والثالث : من لحوم البحريات .

و(اللُّحمان) بضم اللام ، جمع لحم .

قال : (**والمماثلة تعتبر في المكيل كيلاً ، والموزون وزناً**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن » رواه مسلم [١٥٨٤] .

فلو باع المكيل بالوزن أو الموزون بالكيل . . لم يصح .

ولا فرق في الكيل بين أن يكون معتاداً أم لا كالقصعة ، ولا في الميزان بين :

---

(١) في هامش (ت) : (الأيل : بضم الهمزة وكسرها وفتح التحتية المشددة ، وهو : الوعل ـ بفتح الواو وكسر العين ـ تيس الجبل ، ويقال : شاته . اهـ « شرح الروض » [٢/٢٨]) .

وَٱلْمُعْتَبَرُ : غَالِبُ عَادَةِ ٱلْحِجَازِ فِي عَهْدِ رَسُولِ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . وَمَا جُهِلَ يُرْعَىٰ فِيهِ عَادَةُ بَلَدِ ٱلْبَيْعِ ، وَقِيلَ : ٱلْكَيْلُ ، وَقِيلَ : ٱلْوَزْنُ ، وَقِيلَ : يَتَخَيَّرُ ، . . . .

الطيار ؛ وهو : الذي له لسان[1] ، والقَرَسْطُون ؛ وهو : القبان ، وغيرهما .

قال : (**والمعتبر : غالب عادة الحجاز في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم**) أي : في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً ؛ لأن الظاهر أنه صلى الله عليه وسلم اطلع عليها وأقرها .

فلو أحدث الناس خلاف ذلك . . لم يعتبر ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٣٤٠] والنسائي [٥/٥٤] من حديث ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان وزن أهل مكة » وليس هـٰذا إخباراً بانفرادهم بذلك ؛ لأن ميزان غير مكة ومكيال غير المدينة معتبران ، فدل علىٰ أن المراد : مراعاة أهل المدينة فيما يكيلونه وأهل مكة فيما يزنونه ، فهو بيان للمرجع فيما أوجبه الشارع من المكيلات كصدقة الفطر وغيرها والموزونات كزكاة النقدين .

وأيضاً : فإن الشرع اعتبر المماثلة ولا بد لها من حد ولا حد لها في عرف ولا لغة فيرجع إلى العادة ، وأولاها : عادة زمنه صلى الله عليه وسلم .

والمكيل علىٰ عهده صلى الله عليه وسلم الحبوب والأدهان والألبان والتمر والزبيب والملح ، فإن كان قطعاً كباراً . . فالأصح يوزن .

قال : (**وما جهل**) أي : معياره في الحجاز في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم (**يرعىٰ فيه عادة بلد البيع**) ؛ لأن الشرع اعتبر العادة الغالبة في كثير من الأحكام .

قال : (**وقيل : الكيل**) ؛ لأنه أعم .

قال : (**وقيل : الوزن**) ؛ لأنه أحصر .

قال : (**وقيل : يتخير**) ؛ للتساوي .

---

(١) في (ك) : (وهو الذي لا لسان له) .

قال : (**وقيل : إن كان له أصل . . اعتبر**) ؛ مراعاة له .

ومحل الأوجه : إذا لم يكن أكبر جِرماً من التمر ، فإن كان أكبر . . اعتبر فيه الوزن جزماً ، كذا جزم به في « الشرح الصغير » هنا ، وفي « الكبير » في آخر الباب .

وقال الجويني : محل الخلاف فيما كاله قوم ووزنه آخرون ، أما ما اتفقوا فيه علىٰ شيء . . فهو أصله كالسكر ؛ فإنه لم يكن بالمدينة واتفق الناس علىٰ وزنه .

وأغرب ابن أبي الدم فحكىٰ وجهاً : أن السكر مكيل ، ولعله أراد سكر الهند فهو كذلك يباع بها .

كل هـٰذا فيما يتقدر ، أما ما لا يتقدر بكيل ولا وزن كالبطيخ والرمان ، وما يجفف من الثمار كالخوخ والمشمش ونحوهما . . فإنه يجوز بيع بعضه ببعض جزافاً ، وفيه وجه ضعيف .

وأما في حال رطوبته . . فأصح القولين : منع بيع بعضه ببعض كما سيأتي في الكتاب .

قال : (**والنقد بالنقد كطعام بطعام**) في جميع ما سبق من الأحكام .

والمراد **بالنقد** هنا : الذهب والفضة .

والمطبوع والتبر والمصوغ والجيد والرديء والصحيح والمكسر في ذلك سواء .

ولا أثر لقيمة صنعته حتىٰ لو اشترىٰ بدنانير ذهباً مصوغاً قيمته أضعاف الدنانير . . اعتبرت المماثلة ولا نظر إلى القيمة .

وبيع النقد بالنقد من جنسه ومن غير جنسه يسمىٰ صرفاً .

قال ابن يونس : سمي بذلك ؛ لصرف حكمه عن أحكام البيع ، وعندي : أنه مشتق من (الصريف) وهو : الفضة .

قال الشاعر [من البسيط] :

بنـي غـدانـة مـا إنْ أنتـمُ ذهبـاً ... ولا صـريفـاً ولـٰكـن أنتمُ خـزفُ[1]

---

(١) في هامش (ك) : (صواب البيت : رفعُ « ذهب » و« صريف ») . لـٰكن تُخرَّج رواية النصب=

وَلَوْ بَاعَ جِزَافاً تَخْمِيناً . . لَمْ يَصِحَّ وَإِنْ خَرَجَا سَوَاءً . . . .

وعلة الربا فيه : جنسية الأثمان غالباً ، وقيل : كونهما قيم الأشياء غالباً .

وعند أبي حنيفة : العلة فيهما كونهما موزونين من جنس واحد ، فعدّاها إلى النحاس والرصاص وجميع ما يوزن في العادة .

فروع :

الأول : الفلوس إذا راجت رواج النقود . . لا يجري فيها الربا على الأصح .

الثاني : تصارفا على العين فخرج أحدهما نحاساً . . فالنص ـ وعليه المُعْظَم ـ : أنه باطل ؛ تغليباً للعبارة .

وقيل : يصح ويثبت الخيار ؛ تغليباً للإشارة إن كان له قيمة .

الثالث : اشترىٰ منه ديناراً بعشرة[1] وليس معه إلا خمسة فدفعها إليه ثم استقرضها منه ثم دفعها إليه عن بقية الثمن . . فوجهان :

أحدهما ـ وهو المنصوص في (الصرف) ، وصححه الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم ـ : الجواز ، وهو الأصح في أكثر نسخ الرافعي وفي « شرحه الصغير » .

ووقع في بعض نسخ « الكبير » : أن الأصح : المنع[2] ، ومنها اختصر « الروضة » . والصواب : الأول .

قال : (**ولو باع جزافاً تخميناً . . لم يصح وإن خرجا سواء**) نقداً كانا أو مطعومين ؛ لأن الجهل بالمماثلة كحقيقة المفاضلة .

وروىٰ مسلم [١٥٣٠] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الصبرة من التمر

= علىٰ أن (إنْ) نافية مؤكدة لـ(ما) ، وليست زائدة مهملة .

(١) في هامش (ك) : (أي : بعشرة دراهم) .

(٢) في هامش (ك) : (أي : في الخمسة الثانية ، وجهه : أن التصرف فيما قبضه إجازة للعقد قبل التفرق ، وهي بمثابة التفرق قبل التقابض كما مر) ، ورمز في هامش (ك) لصحته .

لا يعلم مكيلتها بالكيل المسمىٰ من التمر) .

و(الجزاف) مثلث الجيم .

وقوله : (تخميناً) أشار به إلىٰ أنه لو باع جزافاً بغير تخمين كان أولىٰ بالبطلان .

قال : (**وتعتبر المماثلة وقت الجفاف**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع التمر بالرطب فقال : « أينقص الرطب إذا جف ؟ » قالوا : نعم ، قال : « فلا إذاً » رواه مالك [١٣١٦] وأصحاب السنن[١] .

فأشار صلى الله عليه وسلم بذلك إلىٰ : أن المماثلة معتبرة حال الجفاف ، هـٰذا إذا كان مما يغلب تجفيفه كالحبوب وأكثر الرطب والعنب .

وإن كان أكثر منافعه حال الرطوبة وتجفيفه معتاد كالمشمش . . فأصح الأوجه : يمتنع رطباً ويجوز يابساً ، وكذلك البطيخ حيث اعتيد تجفيفه .

قال : (**وقد يعتبر الكمال أولاً**) كذا بخط المصنف ، وأشار به إلى العنب مثلاً ؛ فإن كماله في كونه زبيباً أو حال كونه خلاً ، وكذا عصيراً في الأصح .

فلو اقتصر علىٰ ما سبق لاقتضىٰ أن لا كمال إلا حال كونه زبيباً ؛ لأنه حال جفافه ، فنبه علىٰ أنه لا يعتبر وقت الجفاف مطلقاً بل قد يعتبر الكمال بغيره .

وقوله : (أولاً) تنبيه علىٰ أنا إذا اعتبرنا الكمال نكتفي بالكمال الأول كالعصير ولا يشترط الأخير كالخل ، وكأنه قال : يعتبر الكمال ولو أولاً .

ويحتمل : أنه أشار بذلك إلى العرايا ؛ فإن اعتبار الجفاف في التماثل وإن وجد ، لـٰكنه لم يوجد آخراً ، أي : عند الجفاف ، وإنما وجد أولاً ، أي : في حال الرطوبة فيباع حال رطوبته بمثله إذا جف .

ويحتمل أيضاً : إرادة اللبن ؛ فإنه كامل في أول أحواله وهو حليب .

---

(١) أخرجه أبو داوود (٣٣٥٩) ، والترمذي (١٢٢٥) ، والنسائي (٧/ ٢٦٨) ، وابن ماجه (٢٢٦٤) .

فَلاَ يُبَاعُ رُطَبٌ بِرُطَبٍ وَلاَ بِتَمْرٍ ، وَلاَ عِنَبٌ بِعِنَبٍ وَلاَ بِزَبِيبٍ . وَمَا لاَ جَفَافَ لَهُ كَٱلْقِثَّاءِ وَٱلْعِنَبِ ٱلَّذِي لاَ يَتَزَبَّبُ لاَ يُبَاعُ أَصْلاً ، وَفِي قَوْلٍ : تَكْفِي مُمَاثَلَتُهُ رَطْباً .

قال : (**فلا يباع رطب برطب**) ؛ للجهل بالمماثلة ، وجوز المزني والأئمة الثلاثة بيع الرطب بالرطب .

قال : (**ولا بتمر**) ؛ لتحقق التفاوت عند الجفاف ، ومن هـٰذا استثنى العرايا بالنص .

ويؤخذ من كلام المصنف : أنه لا يجوز بيع البسر بالبسر ولا الطلع بالطلع ولا أحدهما بالآخر .

وهـٰكذا اللحم لا يباع رطبه برطبه ولا بقديده .

ولا يباع القصب بالقصب ولا بالسكر .

ومعلوم أنه إذا اختلف الجنس . . فلا منع .

قال : (**ولا عنب بعنب ولا بزبيب**) ؛ لما تقدم ، وكذا الحصرم بالحصرم لا يباع ، ولا بالعنب وما أشبه ذلك .

قال : (**وما لا جفاف له كالقثاء والعنب الذي لا يتزبب لا يباع أصلاً**) أي : بعضه ببعض في حال رطوبته للجهل بالمماثلة .

فلو فرض تجفيفه علىٰ ندور . . ففي استمرار المنع وجهان[1] .

قال : (**وفي قول : تكفي مماثلته رطباً**) وهو اختيار ابن سريج ؛ لأن معظم منافعه في حال رطوبته .

نعم ؛ يرد علىٰ « المحرر » و« المنهاج » الزيتون ؛ فإنه يباع بعضه ببعض وهو لا يتجفف وجعلوه حالةَ كماله ، كما قاله صاحب « التقريب » ، ووافقوه عليه .

أما المائعات كاللبن والدهن ونحوهما . . فكمالها كذلك في حال رطوبتها ، لـٰكنها لا ترد على المصنف ؛ لأنه إنما تكلم في الحبوب والثمار .

و(القثاء) بكسر القاف وضمها وبالثاء المثلثة والمد .

---

(١) في هامش (ك) : (الأوجه : الصحة) .

وَلاَ تَكْفِي مُمَاثَلَةُ ٱلدَّقِيقِ وَٱلسَّوِيقِ وَٱلْخُبْزِ ، بَلْ تُعْتَبَرُ ٱلْمُمَاثَلَةُ فِي ٱلْحُبُوبِ : حَبّاً ، وَفِي حُبُوبِ ٱلدُّهْنِ كَٱلسِّمْسِمِ : حَبّاً أَوْ دُهْناً ، وَفِي ٱلْعِنَبِ : زَبِيباً أَوْ خَلَّ عِنَبٍ ، . . . .

قال : (**ولا تكفي مماثلة الدقيق والسويق والخبز**) ؛ للجهل بتساويها ، فلا يباع شيء من ذلك بمثله ولا بالآخر من جنسه ولا بالحب الذي أخذ منه ، وكذا حكم جميع ما يتخذ من الحب كالجريش والعجين والنشاء والفتيت ونحوها ، فلا يباع شيء من ذلك بمثله ولا بالآخر من جنسه ولا بالحب الذي أخذ منه ، ويجوز بيع جميع ذلك بالنخالة ؛ لأنها ليست ربوية .

وروى المزني : جواز الدقيق بالدقيق ، واختاره الروياني إذا استويا في النعومة .

قال : (**بل تعتبر المماثلة في الحبوب : حباً**) أي : بعد تناهي جفافه .

ويشترط : أن لا يكون مبلولاً ولا مقشوراً ولا معروضاً على النار ، فإن جفف بعد البلل . . لم يجز أيضاً ؛ لتفاوت انكماشه عند الجفاف .

والحنطة المسوسة أطلق الأئمة : جواز بيع بعضها ببعض .

قال الإمام : ولعله قبل أن تتآكل ، فإن تآكلت وخلت أجوافها . . فالقياس القطع بالمنع كالمقلية والمبلولة[1] .

قال : (**وفي حبوب الدهن كالسمسم : حباً أو دهناً**) ؛ لأنهما غايته .

أما الكسب بالكسب ، فإن كان مما يأكله الدواب . . جاز متفاضلاً ومتماثلاً مثل كسب القرطم ، وإن كان مما يأكله الناس مثل كسب السمسم واللوز ، فإن كان فيه خلط يمنع التماثل . . لم يجز ، وإلا . . فيجوز على الأصح .

والشيرج والكسب جنسان يباع أحدهما بالآخر متفاضلاً خلافاً لابن الصباغ .

ولا يجوز بيع السمسم بالشيرج خلافاً لأبي ثور ، وكذا كل دهن بأصله .

قال : (**وفي العنب : زبيباً أو خل عنب**) ؛ لأن كلاً منهما على هيئة الادخار .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا ٱلْعَصِيرُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفِي ٱللَّبَنِ : لَبَناً أَوْ سَمْناً أَوْ مَخِيضاً صَافِياً ، وَلاَ يَكْفِي ٱلتَّمَاثُلُ فِي سَائِرِ أَحْوَالِهِ كَٱلْجُبْنِ وَٱلأَقِطِ . وَلاَ تَكْفِي مُمَاثَلَةُ مَا أَثَّرَتْ فِيهِ ٱلنَّارُ بِٱلطَّبْخِ أَوِ ٱلْقَلْيِ أَوِ ٱلشَّيِّ . . . .

قال : (**وكذا العصير في الأصح**) ؛ لأنه متهيىء لأكثر الانتفاعات .

وقد تقدم : أن المعيار في الخل والدهن واللبن وكل مائع الكيلُ .

قال : (**وفي اللبن : لبناً أو سمناً أو مخيضاً صافياً**) ؛ لأن كلاً منها مقصود ، وسواء في اللبن الحليب والرائب والحامض .

ويجوز بيع المخيض بالمخيض إذا لم يكن فيهما ماء ، وإنما يكال اللبن الحليب بعد سكون رغوته ، والرائب يحوي الكيل منه أكثر من الحليب .

ولا يباع المغلي بالمغلي ، فإن سخن من غير غليان . . جاز ، قاله الروياني .

والزبد بالزبد لا يجوز بيعه على الأصح .

واحترز بـ(الصافي) عما فيه الماء ، فلا يباع بمثله ولا بصاف .

واحترز أيضاً عما فيه زبد ؛ فإنه لا يجوز بيعه بمثله ولا بما فيه زبد لم يزبد ؛ لأنه يصير من قاعدة مد عجوة وليس ذلك لعدم كماله كما تُفهِم عبارة الكتاب .

قال : (**ولا يكفي التماثل في سائر أحواله**) أي : باقيها (**كالجبن والأقط**) ، وكذلك المصل ، وسواء الجبن اليابس والطري ؛ لتأثيره بالنار .

و(الجبن) بضم الباء وإسكانها وتشديد النون مع الضم ثلاث لغات .

قال : (**ولا تكفي مماثلة ما أثرت فيه النار بالطبخ أو القلي أو الشي**) ؛ لأن تأثير النار لا غاية له ، وكذلك المعروض على النار للعقد كالدبس والسكر والفانيد والقند وعسل القصب والقطارة واللبأ . . ففي جواز بيع بعض هـٰذا ببعض وجهان : أصحهما : المنع .

وقيل : إن طبخ الدبسان في قدر واحد جاز ، ورد بأن النار تأخذ من أسفل القدر أكثر من أعلاه .

وَلاَ يَضُرُّ تَأْثِيرُ تَمْيِيزٍ كَٱلْعَسَلِ وَٱلسَّمْنِ . وَإِذَا جَمَعَتِ ٱلصَّفْقَةُ رِبَوِيّاً مِنَ ٱلْجَانِبَيْنِ وَٱخْتَلَفَ ٱلْجِنْسُ مِنْهُمَا ـ كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ ، وَكَمُدٍّ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ أَوْ دِرْهَمَيْنِ ـ أَوِ ٱلنَّوْعُ ؛ كَصِحَاحٍ وَمُكَسَّرَةٍ بِهِمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا . . فَبَاطِلَةٌ . . . .

قال : (**ولا يضر تأثير تمييز كالعسل والسمن**) ؛ لأن نار التمييز نار لطيفة غالباً ومحتاج إليها ، ومن ذلك نار الذهب والفضة لتمييز الغش ، فإن زيد علىٰ ذلك بأن انعقدت أجزاء السمن لم يجز بيع بعضه ببعض ، وكذلك إذا قويت نار العسل بحيث نقص من أجزائه شيء . . امتنع بيع بعضه ببعض .

وأما المصفىٰ بالشمس . . فحالته حالةُ كمالٍ فيجوز بيع بعضه ببعض .

وقيل : لا يباع ما صفي في البلاد الحارة بها بما صفي في المعتدلة ، ولا يجوز بيع الشهد بالشهد ؛ لأن الشمع مانع من معرفة التماثل .

و(العسل) يذكر ويؤنث ، والمراد به : عسل النحل وما يطلق عليه عسل من السكر وغيره مجاز ، ويجوز بيعه بعسل النحل متفاضلاً .

أما ما لا يتأثر بالنار كالخل المغلي والماء المغلي . . فيباع بعضه ببعض .

والتمر إذا نزع نواه . . بطل كماله ؛ لأنه يسرع إليه الفساد ، فلا يباع منزوع النوىٰ بما لم ينزع ، ولا منزوع بمنزوع .

وبيع المشمش والخوخ المنزوعين فيه وجهان كالتمر ، لـٰكن الأصح هنا : الجواز .

قال : (**وإذا جمعت الصفقة ربوياً من الجانبين واختلف الجنس منهما**) أي : من الجانبين (**كمد عجوة ودرهم بمد ودرهم ، وكمد ودرهم بمدين أو درهمين ، أو النوع ؛ كصحاح ومكسرة بهما أو بأحدهما . . فباطلة**) سواء كان المدان والدرهمان من ضرب واحد ونخلة واحدة أم لا على الأصح ، وكذا إذا كان الاختلاف من أحدهما أيضاً كما صرح به في « المحرر »[1] .

---

(١) في هامش (ك) : (قال الإسنوي : واستدلوا أيضاً على القاعدة من جهة المعنىٰ بأن اختلاف الموضعين من الجانبين أو أحدهما يوجب توزيع الثمن عليهما بالقيمة يوم العقد عرفاً وحكماً ؛ =

. . . .

وأصل هـٰذه القاعدة ما رواه مسلم [١٥٩١] عن فضالة بن عبيد رضي الله عنه قال : اشتريت يوم خيبر قلادة باثني عشر ديناراً فيها ذهب وخرز ففصلتها ، فوجدت فيها أكثر من اثني عشر ديناراً ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا يباع حتىٰ يفصل » .

فلو تعددت الصفقة بتفصيل الثمن بأن جعل الدرهم في مقابلة الدرهم والمد بالمد . . صح بالاتفاق .

وقوله : (واختلف الجنس) أي : جنس المبيع ، ولو قال : واختلف المبيع جنساً . . كان أحسن ، وسواء كان الآخر ربوياً أم غيره كدرهم وثوب بدرهم أو بدرهمين وإن كان تمثيل الكتاب قد يُفهِم خلافَه .

نعم ؛ قد يشترط كون الجنس الآخر مقصوداً ؛ لأن الأصح : الصحة فيما إذا باع داراً فيها بئر ماء عذب بمثلها وقلنا : إن الماء ربوي ؛ لأنه تابع ، وكذلك لو باع داراً بذهب فظهر فيها معدن الذهب ، بخلاف بيع دار سقفها مموَّه بذهب يحصل منه شيء بالعرض على النار بذهب ، فإنه لا يصح ؛ لأنه في الأولى تابع لمقصود الدار ، كذا في « الشرح » و« الروضة » هنا ، وسيأتي في (الأصول والثمار) إشكال علىٰ هـٰذا إن شاء الله تعالىٰ .

ولو باع حنطة بحنطة وفيهما أو في أحدهما حبات شعير . . لم يجز ، وضبطه الإمام

= لأنه لو باع سيفاً وشقصاً من عقار بألف . . وزعنا الألف عليهما باعتبار القيمة ، حتىٰ إذا كانت قيمة الشقص مئة وقيمة السيف خمسين . . يأخذ الشفيع الشقص بثلثي الألف .

والتوزيع يقتضي الجهل بالمماثلة أو حقيقة المفاضلة ؛ لأنه إذا باع مداً ودرهماً بمدين مثلاً . . نظر إذا كانت قيمة المد الذي مع الدرهم أكثر من الدرهم ـ مثل أن تكون قيمته درهمين ـ فيكون المد ثلثي ما في الظرف فيقابله ثلثا المدين من الظرف الآخر فيصير كأنه قابل مداً بمد ، وإن كان أقل ـ مثل أن تكون قيمته نصف درهم ـ فيكون المد ثلث ما في الظرف فيقابله ثلث المدَّين من الظرف الآخر وهو ثلثا مد ، وإن كان مساوياً . . فالمماثلة وإن وجدت لـٰكنها تستند إلى التخمين في التقويم ، وقد يكون صواباً وقد يكون خطأ ، والمماثلة المعتبرة في الربا هي المماثلة الحقيقية) .

بما إذا كان الشعير قدراً لو ميز لظهر في المكيال ، وإلا . . لم يضر[1] .

ولو كان فيهما أو في أحدهما قليل تراب . . جاز .

وقوله : (أو النوع كصحاح ومكسرة) كان الأحسن أن يقول : كالمعقلي والبرني ؛ فإن الصحة والتكسير اختلاف صفة لا اختلاف نوع وإن كان اختلاف الصفة أيضاً مضراً .

و(العجوة) : نوع من التمر ، قال الجوهري : إنه من أجود تمر المدينة ، ونخلها يسمى اللينة ، وهو أكبر من الصيحاني يضرب إلىٰ سواد .

قال ابن الأثير : إنه من غرس النبي صلى الله عليه وسلم .

وفي « فروق الشيخ أبي محمد » : أحصينا من أنواع تمر المدينة مئة وعشرين نوعاً .

وفي « تاريخ البخاري » [٥/ ١١٢] بسنده إلىٰ بريدة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « خير تمركم البرني » .

غريبة :

قال محمد بن عبد الرحمـٰن الحضرمي في كتاب « الإكمال لما في التنبيه من الإشكال » : لو باع أمة ذات لبن بلبن . . جاز ، بخلاف شاة في ضرعها لبن بلبن .

والفرق : أن لبن الشاة في الضرع له حكم العين فلهـٰذا لا يجوز عقد الإجارة عليه ، ولبن الآدمية ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ولذلك جاز عقد الإجارة عليه ، وهو نقل غريب وتعليل حسن .

قال : (**ويحرم بيع اللحم بالحيوان من جنسه**) ؛ لما روى الشافعي [١/ ٢٥٠] رضي الله عنه عن مالك عن سعيد بن المسيب قال : (نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان) ، وتابعه البغوي والبيهقي .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وروى الحاكم [٢/٣٥] عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ أن تباع الشاة باللحم) وقال : رواته أئمة حفاظ ثقات ، وصحح البيهقي إسناده [٥/٢٩٦] .

وقال المزني : القياس الجواز إن لم يثبت الحديث ، ونقله ابن الصلاح في « رحلته » قولاً عن بعض شراح « الوسيط » .

قال : (**وكذا بغير جنسه من مأكول وغيره في الأظهر**) ؛ لعموم النهي .

والثاني : لا يحرم .

أما المأكول . . فبالقياس علىٰ بيع اللحم باللحم ، وأما غيره . . فلأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتمل عليه ولم يوجد ذلك .

فروع :

في بيع الشحم والألية والقلب والطحال والكلية والرئة والكبد بالحيوان والسنام بالبقر ولحم السمك بالشاة . . وجهان : أصحهما : البطلان ، ويجريان في بيع الحيوان بجلد لم يدبغ ، فإن دبغ . . جاز جزماً ، وكذا بيع الحيوان بالعظم ، وعلله الروياني بأنه لا ربا في الجلد ولا في العظم .

وجوز الماوردي بيع اللبن بالحيوان ، وحكىٰ وجهين في اللحم بالسمك الحي ، وجه الجواز : أن حيه كميتته .

ويجوز بيع البيض بالدجاج ولا يجوز بيع دجاجة فيها بيض ببيض في أشهر الطريقين .

تتمة :

يجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز في قشره ، وتقدم : أن معيارهما الكيل[١] .

ويجوز بيع لب الجوز بلب الجوز ولب اللوز بلب اللوز على الأصح .

---

(١) في هامش (ك) : (الأصح : أن معيار الجوز الوزن) .

. . . .

ولا يجوز بيع العلس بالعلس في قشريه ولا في قشره الأسفل ، ولا بيع الأرز بالأرز في قشريه أيضاً ، ويجوز في قشرته السفلىٰ .

* * *

خاتمة

إذا أراد بيع مال ربوي بجنسه بأكثر منه . . فله طرق :

أحدها : توسط عقدٍ آخرَ ، كما إذا أراد شراء دراهم صحاحاً بمكسرة أكثر من وزنها فيبيع الدراهم بدنانير والدنانير بدراهم ، أو بعرض آخر ، ثم إذا تقابضا وافترقا أو تخايرا . . اشترىٰ بتلك الدراهم أو بذلك العرض المكسرة فيصح شراؤه ، كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم عامل خيبر وهو سويد بن غزية : (أن يبيع الجَمْع بالدراهم ثم يبتاع بها جَنِيباً) متفق عليه [خ ٧٣٥١ـ م ١٥٩٣] .

و(الجَنِيبُ) و(الجَمْعُ) نوعان من التمر : الأول : جيد ، والثاني : رديء .

ولا فرق بين أن يتخذ ذلك عادة أو لا يتخذه عادة ، خلافاً لمالك حيث قال : يجوز مرة واحدة ، ولا يجوز إذا اتخذه عادة .

الثاني : أن يقترض كل منهما ماله من صاحبه ثم يبرىء كل منهما ذمة الآخر .

الثالث : أن يهب كل منهما من الآخر .

الرابع : أن يبيع الصحاح بزنتها من المكسرة ويهبه صاحبها الفاضل ، فيجوز ذلك كله إذا لم يشترط في اقتراضه وبيعه وهبته ما يفعله الآخر لـٰكنه يكره .

* * *

بَابٌ

نَهَىٰ رَسُولُ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : عَنْ عَسْبِ ٱلْفَحْلِ ، وَهُوَ : ضِرَابُهُ ، وَيُقَالُ : مَاؤُهُ ، وَيُقَالُ : أُجْرَةُ ضِرَابِهِ ، فَيَحْرُمُ ثَمَنُ مَائِهِ ، وَكَذَا أُجْرَتُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

باب

قال : (**نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم : عن عَسْب الفحل**) رواه البخاري [٢٢٨٤] هٰكذا من رواية ابن عمر رضي الله عنهما في (الإجارة) ، وهو : بفتح العين وسكون السين المهملتين وبالباء الموحدة .

وجميع الأحاديث التي صدَّر بها الباب كلها في « الصحيحين » أو أحدهما إلا قوله : (وعن بيعتين في بيعة) فرواه الترمذي [١٢٣١] وقال : حسن صحيح .

وعندنا : النهي في العقود يدل علىٰ فسادها ، إلا إذا تعلق بأمر خارج عن العقد كالنهي عن البيع إذا نودي لصلاة الجمعة في حق من يجب عليه حضورها . . فالمناهي حينئذ تنقسم إلىٰ مفسد وغيره ، وكذلك رتبها المصنف .

قال : (**وهو : ضرابه**) هٰذا أشهر التفاسير ، قال الشاعر [من الوافر] :

ولـــولا عَسْبُـــه لـــرددتمـــوه ... وشـــرُّ منيحـــةٍ فحـــلٌ مُعـــارُ

و(الضراب) : النزوان ، ولا يتعلق به نهي ، والتقدير : أجرة عسبه كما سيأتي .

قال : (**ويقال : ماؤه**) فتقديره : ثمن مائه .

قال : (**ويقال : أجرة ضرابه**) وعلىٰ هٰذا التفسير : لا يحتاج إلىٰ تقدير .

قال : (**فيحرم ثمن مائه**) ؛ لأنه غير متقوم ولا معلوم .

قال : (**وكذا أجرته في الأصح**) ؛ لأنه غير مقدور عليه للمالك بل يتعلق باختيار الفحل .

والثاني : يجوز كالاستئجار لتلقيح النخل ، وبه قال ابن أبي هريرة .

وَعَنْ حَبَلِ ٱلْحَبَلَةِ ، وَهُوَ : نِتَاجُ ٱلنِّتَاجِ ؛ بِأَنْ يَبِيعَ نِتَاجَ ٱلنِّتَاجِ . أَوْ بِثَمَنٍ إِلَىٰ نِتَاجِ ٱلنِّتَاجِ ، . . . .

وأجيب بأن الأجير للتلقيح قادر علىٰ تسليم نفسه ، وليس له عليه عين حتىٰ لو شرط عليه الكُشُّ[1] الذي يلقحه فسدت الإجارة ، وهٰهنا المقصود الماء وصاحب الفحل غير قادر علىٰ تسليمه .

وفي « الحاوي » : في هٰذا النهي وجهان : أصحهما : أنه للتحريم ، وينبغي أن يكون محلهما إذا فسرناه بالإجارة ، أما البيع . . فممتنع قطعاً ، وأما الإنزاء من غير بيع ولا إجارة . . فلا منع منه .

وتندب الإعارة لذلك ويجوز أن يعطي صاحب الفحل شيئاً علىٰ سبيل الهدية .

قال : (**وعن حَبَل الحَبَلة**) رواه الشيخان [خ ٢١٤٣ـ م ١٥١٤] عن ابن عمر رضي الله عنهما .

قال : (**وهو : نتاج النتاج ؛ بأن يبيع نتاج النتاج ، أو بثمن إلىٰ نتاج النتاج**) .

الأول : تفسير أبي عبيد وأبي عبيدة وغيرهما ، وبه قال أحمد ، وعلة البطلان : كونه معدوماً .

والثاني : تفسير ابن عمر رضي الله عنهما راوي الحديث ، وإليه ذهب مالك والشافعي ، وعلة البطلان فيه : جهالة قدر الأجل .

فائدة :

(حَبَل الحَبَلة) ـ بفتح الباء ـ جمع حابل ، كظالم وظَلَمة ، وفاجر وفَجَرة ، وكاتب وكَتَبة .

(والنتاج) بفتح النون ، والمصنف ضبطها بخطه بالكسر في المواضع الثلاثة ، يقال : نتجت الناقة علىٰ ما لم يسم فاعله تنتج نتاجاً وقد نتجها أهلها . وقال ابن سيده : النتاج : الحمل ، فهو موافق لما ضبطه المصنف .

---

(١) **الكُشُّ** : ما يلقح به النخل ، أو الجِرق الذي يلقح به النخل .

وَعَنِ ٱلْمَلَاقِيحِ ، وَهِيَ : مَا فِي ٱلْبُطُونِ . وَٱلْمَضَامِينِ ، وَهِيَ : مَا فِي أَصْلَابِ ٱلْفُحُولِ . وَٱلْمُلَامَسَةِ ؛ بِأَنْ يَلْمِسَ ثَوْباً مَطْوِيّاً ثُمَّ يَشْتَرِيَهُ عَلَىٰ أَنْ لَا خِيَارَ لَهُ إِذَا رَآهُ ، أَوْ يَقُولَ : إِذَا لَمَسْتَهُ . . فَقَدْ بِعْتُكَهُ . . . .

وفي لفظ الحديث مجاز من وجهين :

أحدهما : إطلاقه الحبل على البهائم وهو مختص بالآدميات حتىٰ قيل : إنه لا يقال لغيرهن إلا في الحديث .

والثاني : أنه مصدر أريد به اسم المفعول والهاء في (حبلة) للمبالغة .

قال : (**وعن الملاقيح ، وهي : ما في البطون**) أي : من الأجنة ، وهي جمع ملقوح ، وهو : جنين الناقة ، والناقة ملقوحة ، ولا يكون إلا في الإبل ، قاله أبو عبيد ، وفي « الصحاح » نحوه .

قال : (**والمضامين ، وهي : ما في أصلاب الفحول**) والنهي عنهما رواه مالك [٢/ ٦٥٤] مرسلاً ، وأسنده البزار من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، واعتضد المرسل بالإجماع علىٰ حكمه .

و(المضامين) جمع مضمون ، يقال : ضمن الشيء ، بمعنىٰ : تضمنه ، ومنه قولهم : مضمون الكتاب كذا وكذا ، والذي فسر به المصنف المضامين والملاقيح هو المعروف ، وفسرهما مالك وابن شهاب وابن المسيب بالعكس ، وإنما نهي عنهما للغرر .

قال : (**والملامسة**) روى النهي عنها الشيخان [خ ٢١٤٤ـ م ١٥١١] من حديث أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما .

قال : (**بأن يلمس ثوباً مطوياً**) و(اللمس) : الجس باليد ، يقال : لمس يلمس بكسرالميم وضمها لغتان مشهورتان حكاهما الجوهري وخاله الفارابي في « ديوان الأدب » .

قال : (**ثم يشتريه علىٰ أن لا خيار له إذا رآه ، أو يقول : إذا لمستَه . . فقد بعتكه**) ؛ لأنه بيع غائب وتعليق .

وَٱلْمُنَابَذَةِ ؛ بِأَنْ يَجْعَلاَ ٱلنَّبْذَ بَيْعاً . وَبَيْعِ ٱلْحَصَاةِ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ مِنْ هَٰذِهِ ٱلأَثْوَابِ مَا تَقَعُ هَٰذِهِ ٱلْحَصَاةُ عَلَيْهِ ، أَوْ يَجْعَلاَ ٱلرَّمْيَ بَيْعاً ، أَوْ بِعْتُكَ وَلَكَ ٱلْخِيَارُ إِلَىٰ رَمْيِهَا . وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : بِعْتُكَ بِأَلْفٍ نَقْداً أَوْ بِأَلْفَيْنِ إِلَىٰ سَنَةٍ ، أَوْ بِعْتُكَ ذَا ٱلْعَبْدَ بِأَلْفٍ عَلَىٰ أَنْ تَبِيعَنِي دَارَكَ بِكَذَا . وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ ، . .

قال : (**والمنابذة**) وهي بذال معجمة مفاعلة من النبذ ، والنهي عنها في « الصحيحين » أيضاً .

قال : (**بأن يجعلا النبذ بيعاً**) هٰذا تفسير الشافعي رضي الله عنه ، ووجه البطلان : فقدان الصيغة .

قال : (**وبيع الحصاة**) رواه مسلم [١٥١٣] .

قال : (**بأن يقول : بعتك من هٰذه الأثواب ما تقع هٰذه الحصاة عليه ، أو يجعلا الرمي بيعاً ، أو بعتك ولك الخيار إلىٰ رميها**) والجميع فاسد ؛ لأنه من بيوع الجاهلية وفيها غرر وجهالة .

قال : (**وعن بيعتين في بيعة**) رواه النسائي [٧/ ٢٩٥] والترمذي [١٢٣١] عن أبي هريرة رضي الله عنه .

قال : (**بأن يقول : بعتك بألف نقداً أو بألفين إلىٰ سنة**) ؛ لأنه لا يدري أيهما الثمن الذي يختاره ليقع عليه العقد .

قال : (**أو بعتك ذا العبد بألف علىٰ أن تبيعني دارك بكذا**) ، ووجه البطلان : وجود الشرط .

قال : (**وعن بيع وشرط**) كذا رواه عبد الحق من رواية عمرو بن شعيب .

وروىٰ أبو داوود [٣٤٩٨] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل سلف وبيع ولا شرط في بيع » رواه أحمد [٢/ ١٧٩] والترمذي [١٢٣٤] بلفظ : « ولا شرطان في بيع » .

وعن القديم : أن الشرط الفاسد لا يبطل البيع .

فائدة :

روى الخطابي وغيره عن عبد الوارث بن سعيد قال : قدمت مكة فوجدت أبا حنيفة وابن أبي ليلىٰ وابن شبرمة ، فسألت أبا حنيفة عن رجل باع بيعاً وشرطاً ؟ فقال : البيع باطل والشرط باطل ، ثم أتيت ابن أبي ليلىٰ فسألته ؟ فقال : البيع جائز والشرط باطل ، ثم أتيت ابن شبرمة فسألته ؟ فقال : البيع جائز والشرط جائز .

فقلت : يا سبحان الله! ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا في مسألة واحدة ، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال : لا أدري ما قالا! حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع وشرط)[1] البيع باطل والشرط باطل ، فأتيت ابن أبي ليلىٰ فأخبرته فقال : لا أدري ما قالا! حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت : (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشتري بريرة وأعتقها وأشترط لهم الولاء)[2] البيع جائز والشرط باطل[3] .

ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال : لا أدري ما قالا! حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : (بعت النبي صلى الله عليه وسلم جملاً وشرط لي حملاني إلى المدينة)[4] فالبيع جائز والشرط جائز .

قال : (**كبيع بشرط بيع أو قرض**) ، وكذا إجارة ونكاح ، فيبطل البيع الأول ، فإذا أتيا بالثاني ، فإن كانا يعلمان بطلان الأول . . صح ، وإلا . . قال البغوي : يبطل[5] ، وقال الإمام وشيخه : يصح ، وهو القياس[6] .

---

(١) أخرجه بهٰذا اللفظ الطبراني في « الأوسط » (٤٣٥٨) ، وبنحو هٰذه الألفاظ الحديث المتقدم عند أبي داوود والترمذي وأحمد وغيرهم .
(٢) البخاري (٢١٦٨) ، ومسلم (١٥٠٤) .
(٣) في هامش (ك) : (الأولى الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » [خ ٢٣٧٥ـ م ٢٧٦٣]) .
(٤) البخاري (٢٣٠٩) ، ومسلم (٧١٥/ ١١٢) .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٦) في هامش (ك) : (ما قاله البغوي هو الأصح) .

وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ زَرْعاً بِشَرْطِ أَنْ يَحْصُدَهُ ٱلْبَائِعُ ، أَوْ ثَوْباً وَيَخِيطَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : بُطْلاَنُهُ ، وَتُسْتَثْنَىٰ صُوَرٌ كَٱلْبَيْعِ بِشَرْطِ ٱلْخِيَارِ ، أَوِ ٱلْبَرَاءَةِ مِنَ ٱلْعَيْبِ ، أَوْ بِشَرْطِ : قَطْعِ ٱلثَّمَرِ وَٱلأَجَلِ . . . .

قال : (**ولو اشترىٰ زرعاً بشرط أن يحصده البائع**) هو بكسر الصاد وضمها .

قال : (**أو ثوباً ويخيطه . . فالأصح** : **بطلانه**) ؛ لمنافاة الشرط مقتضى العقد .

والثاني : يبطل الشرط ، وفي البيع قولا تفريق الصفقة .

والثالث : يتخرج علىٰ قولي الجمع بين عقدين مختلفي الحكم ، وكان ينبغي للمصنف أن يعبر بالمذهب ؛ فإن المسألة ذات طرق .

فرع :

اشترىٰ حطباً علىٰ ظهر بهيمة مطلقاً ، فهل يصح العقد ويسلمه إليه في موضعه أو لا يصح حتىٰ يشترط تسليمه في موضعه ؟ وجهان : صحح المصنف منهما : الصحة .

قال : (**وتستثنىٰ صور**) أي : من النهي عن بيع وشرط (**كالبيع بشرط الخيار** ، **أو البراءة من العيب** ، **أو بشرط** : **قطع الثمر**) كما سيأتي .

قال : (**والأجل**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ ، ولا بد من احتمال البقاء إليه ، فلو أجله بألف سنة . . بطل العقد ؛ للعلم بأنه لا يبقىٰ إلىٰ هـٰذه المدة ، قاله الروياني ، واعترضه المصنف بأنه لا يشترط احتمال بقائه إليه ؛ لأنه ينتقل إلىٰ وارثه ، لـٰكن التأجيل بألف سنة مما يبعد بقاء الدنيا إليه فالفساد من هـٰذه الجهة .

واعترضه في « المهمات » بأن الكلام ليس هو في مستحق الدين بل فيمن هو عليه ، ولهـٰذا قال الرافعي[1] : فيسقط **الأجل** بموته ، والأجل يسقط بموت من هو عليه لا بموت من له ، ثم نقل عن صاحب « رفع التمويه » : أن أكثر ما تؤجل إليه الأرض خمس مئة سنة[2] .

---

(١) في (ج) : (الشافعي) .

(٢) في هامش (ج) : (فائدة : قال الشيخ جمال الدين الإسنوي في « شرح المنهاج » : رأيت في=

وَٱلرَّهْنِ وَٱلْكَفِيلِ ٱلْمُعَيَّنَاتِ لِثَمَنٍ فِي ٱلذِّمَّةِ وَٱلإِشْهَادِ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ ٱلشُّهُودِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**والرهن والكفيل**) ؛ للحاجة إلىٰ ذلك ، ولأنه قد لا يرضىٰ بالمعاملة بدونها ، ويغني اشتراط الرهن عن اشتراط القبض ، حتىٰ إذا رهن ولم يقبض . . كان له الفسخ ؛ نظراً إلى المعنىٰ .

ويشترط في الرهن : أن يكون غير المبيع ، فإن كان نفس المبيع . . أبطل .

قال : (**المعينات**) أي : بشرط تعين الأجل والرهن والكفيل ، وكان ينبغي أن يقول : المعيِنِينَ ؛ تغليباً للعاقل ـ وهو الكفيل ـ علىٰ غيره .

وتكفي في الرهن الرؤية أو الوصف بصفات السلم ، وفي الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب ، ولا يكفي الوصف .

وقيل : لا يشترط تعيين الكفيل ، فإذا أطلق . . أقام من شاء .

قال : (**لثمن في الذمة**)[1] ؛ لأن الأعيان لا تؤجل ولا يرهن بها ، وفي ضمانها تفصيل يذكر في موضعه ، فلو قال : اشتريت بهٰذه الدراهم علىٰ أن أسلمها وقت كذا . . فهو فاسد ؛ لأن الأجل شرع رفقاً للتحصيل والمعين حاصل .

ولو قال المصنف : لعوض . . كان أحسن ؛ ليشمل المبيع في الذمة ، مثل : اشتريت منك صاع بر في ذمتك صفته كذا ، فيصح اشتراط الثلاثة فيه .

قال : (**والإشهاد**) ؛ للحاجة إليه ، ولا فرق فيه بين الشهادة على الثمن أو المثمن ، ولا بين ما في الذمة والمعين ؛ لأن لكل منهما غرضاً صحيحاً في الإشهاد علىٰ صاحبه مخافة الإنكار .

قال : (**ولا يشترط تعيين الشهود في الأصح**) ؛ لأن المقصود ثبوت الحق وهو ثابت بكل شاهد .

= « كتاب الإجارة » من « رفع التمويه » في أوائل كلام نقله عن الشيخ أبي حامد : أن نهاية الأجل في البيع والمدة في إجارة الأرض خمس مئة سنة) .

(١) في (ت) : (هٰذا قيد في الثلاثة ، وهي : الأجل والرهن والكفيل) .

فَإِنْ لَمْ يَرْهَنْ أَوْ لَمْ يَتَكَفَّلِ ٱلْمُعَيَّنُ . . فَلِلْبَائِعِ ٱلْخِيَارُ . وَلَوْ بَاعَ عَبْداً بِشَرْطِ إِعْتَاقِهِ . . فَٱلْمَشْهُورُ : صِحَّةُ ٱلْبَيْعِ وَٱلشَّرْطِ ، . . . .

والثاني : يشترط كما في الرهن والكفيل ، ولا يجب في الرهن التعرض لمن يكون تحت يده في الأصح .

ومتىٰ فسد شرط من هٰذه الشروط المستثناة لفوات أمر مما ذكرناه ، فإن كان الأجل والخيار . . فسد البيع بفساده ، وإن كان الإشهاد . . فلا ، وإن كان الرهن والضمين . . فوجهان : أصحهما : الفساد .

قال : (**فإن لم يرهن أو لم يتكفل المعين . . فللبائع الخيار**) ؛ لفوات شرطه ، وكذلك لو رهن ولم يقبض ، أو هلك الرهن قبل القبض ، أو تعيب ، أو وجد به بعد قبضه عيباً قديماً . . فله الخيار في البيع .

ولو ادعى الراهن : أن عيبه حدث بعد القبض . . فالقول قوله ؛ استدامة للبيع .

ولو هلك بعد القبض ، أو تعيب ثم اطلع علىٰ عيب قديم . . فالأصح : لا فسخ ، ولا يقوم رهن وكفيل آخر مقام العين .

ولو عين شاهدين فامتنعا ، فإن قلنا : لا بد من تعيين الشاهدين . . فللبائع الخيار .

فرع :

باع عيناً واستثنىٰ منفعتها مدة معلومة . . فالمذهب : بطلان البيع ، وبالصحة قال أبو ثور ومحمد بن نصر المروزي وابن المنذر وابن خزيمة وأهل الحديث ؛ لحديث جابر رضي الله عنه ، والجواب عنه صعب .

قال : (**ولو باع عبداً بشرط إعتاقه . . فالمشهور : صحة البيع والشرط**) ؛ لما روى الشيخان عن بريرة : (أن عائشة رضي الله عنها اشترتها بشرط العتق والولاء ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم إلا شرط الولاء) ، ولأن استعقاب البيع العتق عهد في شراء القريب فاحتمل شرطه .

والقول الثاني : يصح البيع ويبطل الشرط كسائر الشروط المفسدة .

والثالث : يبطلان ؛ لعموم النهي عن بيع وشرط .

وإذا صححنا الشرط . . فذلك إذا أطلق ، أو قال : بشرط أن تعتقه عن نفسك ، فإن قال : بشرط أن تعتقه عني . . فهو لاغ .

وصورة المسألة : أن يكون العبد ممن لا يعتق بالشراء ، فإن اشترىٰ أباه أو ابنه بشرط إعتاقه . . بطل البيع قطعاً ؛ لتعذر الوفاء به .

قال : (**والأصح : أن للبائع مطالبة المشتري بالإعتاق**) ؛ لأنه يثاب على اشتراطه وله غرض في زوال الرق .

والثاني : لا ؛ لأنه لا ولاية له علىٰ حق الله تعالىٰ ، وإذا أعتقه المشتري . . فولاؤه له بكل حال ، فإن امتنع من العتق وقلنا : إنه حق لله تعالىٰ . . أجبر عليه بالحبس وغيره .

وقال القاضي والمتولي : إنه كالمولىٰ ، فيعتقه القاضي ، وهـٰذا هو المشهور ، وعلىٰ هـٰذا : لا يسقط بإسقاطه .

وإن قلنا : للبائع . . لم يجبر ، بل يخير البائع بين فسخ البيع وإمضائه ، وإذا أسقطه . . سقط .

وفي سقوط شرط الرهن والكفيل والأجل بالإسقاط ثلاثة أوجه : أصحها : يسقط الرهن والكفيل دون الأجل .

فروع :

باع عبداً بشرط أن يبيعه بشرط إعتاقه . . بطل على الأصح .

ولو اشترىٰ عبداً بشرط أن يعلق عتقه بصفة . . لم يصح البيع في الأصح .

ولو اشترىٰ بعض عبد بشرط إعتاقه . . فظاهر عبارة « الحاوي الصغير » الصحة[1]

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنَّهُ لَوْ شَرَطَ مَعَ ٱلْعِتْقِ ٱلْوَلَاءَ لَهُ ، أَوْ شَرَطَ تَدْبِيرَهُ أَوْ كِتَابَتَهُ أَوْ إِعْتَاقَهُ بَعْدَ شَهْرٍ . . لَمْ يَصِحَّ ٱلْبَيْعُ . . . .

حيث قال : وعتق المبيع ، أي : فإنه لا يبطل بشرط عتقه ، وصرح صاحب « المعين » اليمني فيه بالبطلان .

وإذا أعتق المشتري هٰذا العبد عن الكفارة ، فإن قلنا : الحق لله تعالىٰ أو للبائع ولم يأذن . . لم يجز ، وإن أذن . . أجزأه على الصحيح ، ويجوز استخدامه ، والوطء والأكساب للمشتري ، والقيمة له إذا قتل ، ولا يكلف صرفها إلىٰ آخر ليعتقه ، ولو باعه لغيره وشرط عليه عتقه . . لم يصح على الأصح ، وإذا جنىٰ قبل إعتاقه . . وجب فداؤه كأم الولد، وإذا أولدها . . لم يجزئه عن الإعتاق على الأصح، بل عليه أن يعتقها .

قال : (**وأنه لو شرط مع العتق الولاء له ، أو شرط تدبيره أو كتابته أو إعتاقه بعد شهر . . لم يصح البيع**) وكذا إذا اشترىٰ داراً بشرط أن يقفها أو ثوباً بشرط أن يتصدق به .

أما الولاء . . فلأن شرطه يتضمن نقل الملك إلى البائع وارتفاع العقد .

والثاني : يصح البيع ويفسد الشرط ؛ لحديث بريرة رضي الله عنها .

والثالث : يصح البيع والشرط ؛ لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم : « واشترطي لهم الولاء » .

وأجاب الشافعي رضي الله عنه بأن (لهم) هنا بمعنىٰ (عليهم) ، كما في قوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾ أي : فعليها .

وقول المصنف : (مع العتق) احترز به عما إذا أفرد شرط الولاء بأن قال : إذا أعتقته يوماً . . فولاؤه لي ؛ فإنه لا يصح بلا خلاف .

وأما التدبير . . فليست مصلحته ناجزة حتىٰ يلحق بالعتق ، وكذلك عتقه بعد شهر ، والمكاتبة معاوضة ، والوقف وإن كان لله تعالىٰ ففيه حجر .

والوجه الثاني في الأربعة : صحة الشرط ؛ إلحاقاً بالعتق[1] .

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

وَلَوْ شَرَطَ مُقْتَضَى ٱلْعَقْدِ كَقَبْضٍ وَرَدٍّ بِعَيْبٍ ، أَوْ مَا لاَ غَرَضَ فِيهِ كَشَرْطِ أَنْ لاَ يَأْكُلَ إِلاَّ كَذَا . . صَحَّ ، . . . .

قال : (**ولو شرط مقتضى العقد كقبض وردٍّ بعيب ، أو ما لا غرض فيه كشرط أن لا يأكل إلا كذا . . صح**) أما شرط ما يقتضيه العقد . . فلأن اشتراطه تأكيد وتنبيه علىٰ ما أوجبه الشارع عليه ، وأما ما لا غرض فيه . . فلأن ذكره لا يورث تنازعاً في الغالب .

وقوله : (صح) أي : العقد ، أما الشرط . . فلا يجب القيام به ، بل ذكره لاغ كما إذا باعه عبداً بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة ـ مثلاً ـ أو لا يلبس إلا الحرير .

وأفاد في « المهمات » : أن الشافعي رضي الله عنه نص على البطلان في هـٰذه الصورة ، لا جرم اختار ابن الأستاذ وابن الصلاح وابن الرفعة أن يقرأ : (لا تأكل إلا كذا) بالتاء ثالثة الحروف خطاباً للمشتري ؛ فإنه حينئذ لا غرض فيه البتة ، وأما إذا قرىء بالياء آخر الحروف . . فقد ينازع في عدم الغرض ويتخيل فيه الإفساد ؛ لأنه نفع للعبد فأشبه شرط إعتاقه ، وهـٰذا ظاهر إذا كان المشروط ينفع العبد ، فإن كان لا ينفعه كشرط أكل الخبز البحت[1] أو الشعير . . فلا يظهر ، والمسألة أعمُّ من ذلك[2] .

فرع :

شرط أن لا يسلم المبيع حتىٰ يقبض الثمن ، فإن كان مؤجلاً . . بطل البيع ، وإن كان حالاً . . بُني علىٰ أن البداءة في التسليم بمن ؟ إن قلنا : بالمشتري . . صح البيع ، وإلا . . فسد ؛ للمنافاة .

فرع :

باع إناء بشرط أن لا يجعل فيه شيئاً محرماً ، أو سيفاً بشرط أن لا يقطع به الطريق ، أو عبداً بشرط أن لا يعاقبه بما لا يجوز . . صح البيع ، قاله البغوي ، ويقاس به ما يشابهه .

---

(١) في هامش (ك) : (قال الجوهري : خبزٌ بحت ، أي : ليس معه غيره) .
(٢) في هامش (ك) : (الراجح : الصحة مطلقاً) .

وَلَوْ شَرَطَ وَصْفاً يُقْصَدُ ؛ كَكَوْنِ ٱلْعَبْدِ كَاتِباً ، أَوِ ٱلدَّابَّةِ حَامِلاً أَوْ لَبُوناً . . صَحَّ ، وَلَهُ ٱلْخِيَارُ إِنْ أَخْلَفَ ، وَفِي قَوْلٍ : يَبْطُلُ ٱلْعَقْدُ فِي ٱلدَّابَّةِ . وَلَوْ قَالَ : بِعْتُكَهَا وَحَمْلَهَا . . بَطَلَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ولو شرط وصفاً يقصد ، ككون العبد كاتباً ، أو الدابة حاملاً أو لبوناً . . صح**) ؛ لأنه شرط تعلق بمصلحة العقد ، ولا يقتضي إنشاء أمر مستقبل ، فلم يدخل في النهي عن بيع وشرط ، وإنما هو التزام أمر موجود عند العقد سميناه شرطاً .

وكذلك إذا اشترط أن الأمة حاملاً فيها القولان كالدابة ، وهما مبنيان علىٰ أن الحمل يعلم ، إن قلنا : نعم . . صح ، وإلا . . فلا .

واحترز بـ(الوصف المقصود) عما لا يقصد كالزنا والسرقة ونحوهما ؛ فإنه لا خيار بفواتهما .

ولو شرط ثيوبتها فخرجت بكراً . . فالأصح : لا خيار خلافاً لصاحب « الحاوي الصغير » .

ولو اشتراه علىٰ أنه خصي فبان فحلاً . . كان له الرد .

قال الأصحاب : يكفي أن يوجد في الصفة ما ينطلق عليه الاسم لا النهاية فيها .

نعم ؛ لو شرط حسن الخط وكان خطه غير حسن في العرف . . فله الخيار .

و(اللبون) : ذات اللبن ، فإذا شرط ذلك وكان لها لبن وإن قل . . صح ولا خيار ، وهـٰذا الخيار على الفور وكيفيته كما ذكر في (الرد بالعيب) .

قال : (**وله الخيار إن أخلف**) ؛ لفوات شرطه .

قال : (**وفي قول : يبطل العقد في الدابة**) ؛ لأنه شرط معها شيئاً مجهولاً فأشبه ما إذا قال : بعتكها وحملها .

وأجاب الأولون : بأن المقصود الوصف به لا إدخاله في العقد ، وإلىٰ هـٰذا الجواب أشار المصنف بقوله : (ولو شرط وصفاً يقصد) .

قال : (**ولو قال : بعتكها وحملها . . بطل في الأصح**) ؛ لأن ما لا يجوز بيعه

وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره .

والثاني : يصح ، ونقله في « البيان » عن الأكثرين ؛ لأنه يدخل عند الإطلاق ، فلا يضر التنصيص عليه كما لو قال : بعتك الجدار وأساسه .

ولو قال : بعتك الجبة وحشوها . . فقيل : على الخلاف ، وقيل : يصح قطعاً ، وصحح المصنف هـٰذه الطريقة في « شرح المهذب » ؛ لأن الحشو داخل في مسمى الجبة فذكره تأكيداً .

قال الشيخ : واستقر رأيي على الفرق بين (الواو) و(الباء) فمع (الواو) يبطل مثل : وحملها وحشوها وأساسها ، ومع (الباء) يصح مثل : بحملها وبحشوها وبأساسها ، واللغة تقتضيه ، وكلام الشافعي والأصحاب لا يخالفه إلا في الأساس ، فلعل قائله لم يحرر العبارة .

وقال في « المهمات » : الصحة في (مع) و(الباء) أظهر منها في (الواو) ، ولأنهما للحال ، أي : كائنة بحملها ، أو مع حملها ، فهو وصف محض ، بخلاف (الواو) ؛ فإنها ظاهرة في التغاير[1] .

قال : (**ولا يصح بيع الحمل وحده**) ؛ للجهالة ، سواء بيع من مالك الأم أم من غيره ، وهـٰذه المسألة تقدمت في أول الباب ، لـٰكنه ذكرها هنا توطئة لما بعدها .

قال : (**ولا الحامل دونه**) ؛ لأن الحمل لا يجوز إفراده بالعقد فلا يستثنىٰ كأعضاء الحيوان .

وفي « النهاية » وجه : أنه يصح كما لو باع شجرة واستثنى الثمرة قبل بدو الصلاح .

وجوابه : أن الثمرة يجوز إفرادها بالعقد .

قال : (**ولا الحامل بحر**) ؛ إلحاقاً للاستثناء الشرعي بالاستثناء الحسي ، ولو

---

(١) في هامش (ك) : (الراجح : أنه لا فرق بين الواو والباء ومع) .

وَلَوْ بَاعَ حَامِلاً مُطْلَقاً . . دَخَلَ ٱلْحَمْلُ فِي ٱلْبَيْعِ .

فَصْلٌ :

وَمِنَ ٱلْمَنْهِيِّ عَنْهُ مَا لاَ يُبْطَلُ ؛ . . . .

وكل صاحب الحمل صاحب الأم فباعهما دفعة . . لم يصح[1] .

قال : (**ولو باع حاملاً مطلقاً . . دخل الحمل في البيع**) ؛ تبعاً لها ، وفي كلام الشافعي رضي الله عنه : أن هـٰذا مجمع عليه .

ومحل الجزم بدخوله ؛ إذا كان مملوكاً لمالك الأم ، فإن لم يكن كذلك . . بطل البيع .

كل هـٰذا إذا بيعت باختيار المالك ، فلو وهبها ، أو رجعت بفسخ ، أو بيعت في حق المرتهن بغير اختياره . . ففي دخوله قولان : الجديد في الهبة : عدم الدخول .

تتمة :

كلام المصنف علىٰ إطلاقه ، ونقل الإمام في أواخر « النهاية » عن النص : أنه لو باعها وقد وضعت أحد توأمين عنده ثم وضعت الآخر عند المشتري . . أنه يكون للبائع ؛ لأنه حمل واحد .

قال الإمام : والقياس : أنه للمشتري[2] ؛ لانفصاله في ملكه ، وبهـٰذا جزم الرافعي والمصنف في (باب الكتابة) .

وقال المتولي في (باب بيع الأصول والثمار) : إنه ظاهر المذهب ، فمن استثنىٰ هـٰذه الصورة من إطلاق الكتاب . . فقد وهم .

قال : (**فصل :**

ومن المنهي عنه ما لا يُبطَل) أشار إلىٰ أن البيع المنهي عنه منه ما يكون النهي مبطلاً له وهو ما سبق ، ومنه ما لا يبطله ، وذلك حيث اقترن بالبيع شيء علمنا أن النهي يعود

---

(١) في هامش (ك) : (ليس هـٰذا موضع ذكر هـٰذه المسألة ، وصورتها : أن يكون الحمل موصىً به لشخص آخر) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

لِرُجُوعِهِ إِلَىٰ مَعْنَىً يَقْتَرِنُ بِهِ ، كَبَيْعِ حَاضِرٍ لِبَادٍ ؛ بِأَنْ يَقْدَمَ غَرِيبٌ بِمَتَاعٍ تَعُمُّ ٱلْحَاجَةُ إِلَيْهِ لِيَبِيعَهُ بِسِعْرِ يَوْمِهِ فَيَقُولُ بَلَدِيٌّ : ٱتْرُكْهُ عِنْدِي لِأَبِيعَهُ عَلَى ٱلتَّدْرِيجِ بِأَغْلَىٰ . . .

إليه ، كالأمثلة التي ذكرها المصنف .

قال الشيخ : وقوله : (يُبطَل) ضبط بضم الياء ، وعلىٰ هـٰذا تكون الطاء مفتوحة والضمير في رجوعه يعود إلى النهي ، ولو قرىء بفتح الياء وضم الطاء.. صح ، والضمير بحاله .

وأما ضم الياء وكسر الطاء.. فإنما يصح لو قال : ومن المناهي ، لـٰكنه أحسن ؛ ليندرج فيه ما لا يوصف بالبطلان ولا بعدمه ، كتلقي الركبان وشبهه مما هو مذكور في الفصل .

قال : (**لرجوعه إلىٰ معنىً يقترن به**) هـٰذا هو القسم الثاني من المناهي ، وسبب عدم الإبطال فيه : كون النهي ليس للمبيع بخصوصه بل لأمر آخر ، كالبيع حال النداء يوم الجمعة .

قال : (**كبيع حاضر لباد**) ؛ ففي « الصحيحين » [خ ٢١٤٠ـم ١٥٢٢] : « لا يبع حاضر لباد » ، زاد مسلم : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » . واتفقوا علىٰ تحريمه عند وجود الشروط الستة الآتية ، والمعنىٰ فيه : ما يتضمنه من التضييق على الناس .

و(البادي) : الخارج إلى البادية والنازل فيها ، قال تعالىٰ : ﴿ يَوَدُّواْ لَوْ أَنَّهُم بَادُونَ فِى ٱلْأَعْرَابِ ﴾ أي : نازلون .

وروى البيهقي [١٠/١٠١] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من بدا.. جفا ، ومن اتبع الصيد.. غفل ، ومن اقترب من أبواب الملوك.. افتتن ، وما ازداد رجل من سلطان قرباً.. إلا ازداد من الله بعداً » .

قال : (**بأن يقدم غريب بمتاع تعم الحاجة إليه ليبيعه بسعر يومه فيقول بلدي : اتركه عندي لأبيعه على التدريج بأغلىٰ**) التعبير بالغريب جري على الغالب ، كالبادي في لفظ الحديث ، وإنما المراد : إنسان كائناً من كان ، وكان الأحسن أن يقول : بأن يقدم شخص ؛ لئلا يتوهم أن الغربة قيد .

وَتَلَقِّي ٱلرُّكْبَانِ ؛ بِأَنْ يَتلقَّىٰ طَائِفَةً يَحْمِلُونَ مَتَاعاً إِلَى ٱلْبَلَدِ ، فَيَشْتَرِيَهُ قَبْلَ قُدُومِهِمْ وَمَعْرِفَتِهِمْ بِٱلسِّعْرِ ، . . . .

فأحد الشروط : حاجة الناس إليه ، ولم يتعرض لعمومها إلا القاضي والبغوي والرافعي ، وهو يحتاج إلىٰ دليل ، والذي ذكره غيرهم احتياج الناس إليه .

والشرط الثاني : قصد البيع بسعر يومه ، فلو قصد صاحبه الإقامة ليبيعه فسأله القروي تفويض ذلك إليه . . فلا بأس .

والثالث : سؤال البلدي له ، فلو ابتدأه البدوي . . لم يحرم ، ولو استرشده . . فهل يرشده إلى الادخار ؟ فيه وجهان :

قال أبو إسحاق وغيره : يجب الإرشاد إليه نصحاً .

وقال ابن الوكيل : لا يرشده إليه توسعاً على الناس .

والرابع : أن يتربص بها ، فلو سأله بيعها بسعر يومها . . لم يحرم ، قاله الروياني ، وهاذه الشروط في كلام المصنف .

والخامس : أن تظهر ببيع ذلك المتاع سعة في البلد ، فإن لم تظهر لقلته أو لكبر البلد أو لعموم وجوده ورخص السعر . . فوجهان : أوفقهما للحديث : التحريم[1] .

والسادس : أن يكون عالماً بالنهي ، وكذا سائر المناهي كما سيأتي في (النجش) ، ثم الإثم على البلدي دون البدوي .

قال : (**وتلقي الركبان ؛ بأن يتلقىٰ طائفة يحملون متاعاً إلى البلد ، فيشتريه قبل قدومهم ومعرفتهم بالسعر**) روى الشيخان [خ ٢١٥٠ـ م ١٥١٥/١١] عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تلقوا الركبان للبيع » .

وفي رواية للبخاري [٢١٦٥] : « لا تلقوا السلع حتىٰ يهبط بها الأسواق » ولا خلاف في تحريمه إذا علم النهي وقصد التلقي ، فلو خرج لشغل فرآهم فاشترىٰ منهم . . فوجهان : الأصح : يعصي ؛ لشمول المعنىٰ ، وكذلك لو قصد التلقي لغرض آخر فاشترىٰ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

واحترز بقوله : (فيشتريه) عما إذا باعهم ما يريدون شراءه من البلد ، والأصح : جواز ذلك .

ولو اشترىٰ بعد قدومهم . . لم يحرم وإن جهلوا السعر ؛ لتقصيرهم .

ولو اشترىٰ منهم قبل قدومهم بأكثر من سعره . . حرم[1] أيضاً سواء أخبرهم بالسعر كاذباً أم لا ، فلا حاجة حينئذ لقوله : (ومعرفتهم بالسعر) .

و(الطائفة من الشيء) : القطعة منه ، ولفظها يذكر ويؤنث ، ويطلق على الواحد ، ولذلك لو تلقىٰ واحداً . . كان الحكم كذلك .

و(الركبان) ـ جمع راكب ـ والمراد هنا : القادمون من السفر وإن كانوا مشاة ، ولو تلقى الجالبين إلى الحلة والبادية . . كان الحكم كذلك .

وقوله : (متاعاً) كذا عبر به الرافعي في كتبه ، وعبر في « الروضة » : بطعام ، وليس بجيد ؛ لأنه يوهم خلاف الصواب .

قال : (**ولهم الخيار إذا عرفوا الغبن**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « فمن تلقاها فاشترىٰ منهم . . فصاحبه بالخيار إذا أتى السوق » .

فلو اشترىٰ منهم بسعر البلد . . فلا خيار في الأصح .

ولو غبنهم ولـٰكن لم يقدموا حتىٰ رخص السعر وصار كما لو باعوه . . ففي ثبوت الخيار لهم وجهان[2] : والأصح : أن الخيار على الفور ، وقيل : يمتد ثلاثة أيام من حين العلم .

و(الغبن) بإسكان الباء : في البيع والشراء ، وبفتحها : ضعف الرأي .

قال : (**والسوم علىٰ سوم غيره**) ؛ لما في « الصحيحين » [خ ٢٧٢٧ـ م ١٤٠٨/٣٨] عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يسوم الرجل علىٰ سوم أخيه » والمعنىٰ فيه : أنه يؤدي إلى القطيعة والأذىٰ ، ولهـٰذا شرط ابن خيران :

---

(١) في هامش (ك) : (متى اشترىٰ منهم بسعر البلد أو أكثر منه . . لم يحرم) .
(٢) في هامش (ك) : (أوجههما : لا خيار) .

وَإِنَّمَا يَحْرُمُ ذَٰلِكَ بَعْدَ ٱسْتِقْرَارِ ٱلثَّمَنِ . وَٱلْبَيْعِ عَلَىٰ بَيْعِ غَيْرِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ ؛ بِأَنْ يَأْمُرَ ٱلْمُشْتَرِيَ بِٱلْفَسْخِ لِيَبِيعَهُ مِثْلَهُ . . . .

أن يكون الأول مسلماً ، وحمل الجمهور الحديث علىٰ أنه خرج مخرج الغالب ، وصور الأصحاب المسألة بصورتين :

إحداهما : أن يجيء رجل إلىٰ آخر قد أنعم لغيره ببيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه .

الثانية : أن يأتي إلى المشتري فيعرض عليه مثلها أو أجود منها بأنقص من ذلك الثمن .

قال : (**وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن**) فلو كان يطاف به علىٰ من يزيد . . فلا منع من الزيادة ؛ لأنه في هـٰذه الحالة لم يقصد رجلاً بعينه ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحاً وحلساً فيمن يزيد ، رواه الأربعة من حديث أنس رضي الله عنه(١) .

وشرط الاستقرار : أن يكون بصريح اللفظ فلا يكفي التعريض على الأصح ، فلو قال : أشاور عليك . . قال ابن الرفعة : كان كالتعريض(٢) .

والسكوت لا إشعار له بالرضا فلا يكفي قطعاً ، وإن كان في الخطبة . . فيه خلاف عن المراوزة .

والفرق : أن النكاح مما يستحيىٰ من سرعة الإجابة إليه فأقيم السكوت فيه مقام التصريح علىٰ قول بخلاف البيع .

قال : (**والبيع علىٰ بيع غيره**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبع بعضكم علىٰ بيع بعض » متفق عليه .

والمعنىٰ فيه ما تقدم من الأذىٰ والقطيعة .

قال : (**قبل لزومه**) بأن يكون في حالة خيار المجلس أو الشرط ؛ لأنه متمكن في هـٰذه الحالة من الفسخ ، أما بعد اللزوم . . فلا فائدة فيه .

قال : (**بأن يأمر المشتري بالفسخ ليبيعه مثله**) ؛ لحصول الضرر بذلك ، واشتراط

---

(١) أبو داوود (١٦٣٨) ، والترمذي (١٢١٨) ، والنسائي (٧/ ٢٥٩) ، وابن ماجه (٢١٩٨) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلشِّرَاءِ عَلَى ٱلشِّرَاءِ ؛ بِأَنْ يَأْمُرَ ٱلْبَائِعَ بِٱلْفَسْخِ لِيَشْتَرِيَهُ . وَٱلنَّجْشِ ؛ . . . .

الأمر بالفسخ في هٰذه الصورة والتي بعدها ذكره الرافعي والمصنف ، ولعله علىٰ سبيل المثال ، فقد ذكر الماوردي : أنه يحرم طلب السلعة من المشتري بزيادة ربح والبائع حاضر ؛ لأنه يؤدي إلى الفسخ أو الندم .

ونص الشافعي رضي الله عنه في « اختلاف الحديث » علىٰ قريب من ذلك ، لٰكن يشترط للتحريم : أن لا يأذن البائع في البيع ، فإن أذن . . ارتفع على الصحيح .

وشرط ابن كج أيضاً : أن لا يكون المشتري مغبوناً غبناً مفرطاً ، فإن كان . . فله أن يعرفه ويبيع علىٰ بيعه ؛ لأنه ضرب من النصيحة ، كذا نقله عنه الرافعي وأقره .

وقال المصنف : إنه انفرد به وأن المختار عدم اشتراطه[1] ؛ لأن ظاهر الحديث يخالفه .

قال : (**والشراء على الشراء ؛ بأن يأمر البائع بالفسخ ليشتريه**) ؛ لأنه في معنى البيع على البيع ، وفي « صحيح مسلم » [١٤١٤] : « لا يحل للمؤمن أن يبتاع علىٰ بيع أخيه » ، والبيع يطلق على الشراء ، ولا بد أيضاً من كونه قبل اللزوم .

قال : (**والنجش**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تناجشوا » رواه الشيخان [خ ٢١٤٠ـم ١٤١٣/٥٢] عن ابن عمر رضي الله عنهما .

والناجش قد يكون البائع وقد يكون أجنبياً يقصد ضرر المشتري أو نفع البائع .

قال الشافعي رضي الله عنه : فمن نجش . . فهو عاص إن كان عالماً بنهي النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يشترط الشافعي رضي الله عنه العلم بالنهي الخاص إلا فيه وفي البيع على البيع .

والتحقيق : أن ما اشتهر تحريمه لا يحتاج فيه إلىٰ معرفة النهي الخاص ، والخفي لا بد فيه من العلم بالنهي .

و(النجش) مشتق من نجش الشيء . . إذا أثاره ، سمي الناجش بذلك ؛ لأنه يثير الرغبات فيه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

بِأَنْ يَزِيدَ فِي ٱلثَّمَنِ لاَ لِرَغْبَةٍ بَلْ لِيَخْدَعَ غَيْرَهُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ خِيَارَ . وَبَيْعِ ٱلرُّطَبِ وَٱلْعِنَبِ لِعَاصِرِ ٱلْخَمْرِ . . . .

قال : (**بأن يزيد في الثمن لا لرغبة بل ليخدع غيره**) سواء كان في النداء أم لا ، سواء زاد عن ثمن المثل أم لا .

وقال صاحب « الأحوذي »[1] : إذا لم تبلغ السلعة قيمتها . . لا يكون نجشاً ، وينبغي إذا كانت السلعة ليتيم ولم تبلغ قيمتها وهناك عارف لا غرض له في شرائها . . لا تحرم عليه الزيادة إلىٰ أن تبلغ قيمتها[2] .

قال : (**والأصح : أنه لا خيار**) ؛ لأن المشتري فرط بترك التأمل وعدم مراجعة أهل الخبرة .

والثاني : له الخيار للتدليس كالتصرية ، هـٰذا إذا كان بمواطأة البائع ، فإن لم يكن للبائع فيه صنع . . فلا خيار جزماً ؛ إذ لا خداع منه .

وقول البائع : أعطيت فيه كذا ، وهو كاذب ، فاشتراه منه المقول له علىٰ ذلك ، ثم تبين كذبه . . على الوجهين .

ولو أخبره عارف : أن الفص عقيق أو فيروزج فاشتراه ثم بان أنه زجاج ، فإن كان بمواطأة البائع . . فعلى الوجهين ، وإلا . . فلا جزماً .

قال : (**وبيعِ الرطب والعنب لعاصر الخمر**) هو بالكسر معطوف علىٰ قوله في أول الفصل : (كبيع حاضر لباد) ، ودليل هـٰذا النهي : ما روى ابن حبان في « ضعفائه » [١/٢٣٦] عن بريدة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من حبس العنب زمن القطاف حتىٰ يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يعلم أنه يتخذه خمراً . . فقد أقدم على النار علىٰ بصيرة » .

وروىٰ أبو داوود [٣٦٦٦] عن ابن عمر رضي الله عنهما : (أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن بائع الخمرة ومبتاعها) .

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا ضعيف) .

دل على : أن السبب في المعصية حرام ، ولا خلاف عندنا في صحة البيع ؛ لأن النهي لأمر خارج عن المعقود عليه .

ويشكل عليه : بيع السلاح للحربي[١] .

وإن لم يتحقق . . لم يحرم ، بل يكره ، وإن ظنه ظناً غالباً . . حرم على الأصح .

والثاني : لا يحرم ، وعليه الأكثرون ، ونص عليه في « الأم » ، وألحق في « الرونق » بذلك : بيع التمر والزبيب ممن يتخذها خمراً ، وبيع الحبوب ممن يتخذها مزراً ، وألحق بها الغزالي : بيع الغلمان ممن عرف بالفاحشة ، وكذلك بيع الخشب ممن يتخذها آلة محرمة ، وما في معنى ذلك .

قال : (**ويحرم التفريق بين الأم والولد**) ؛ لما روى الترمذي [١٢٨٣] والحاكم [٢/٥٥] عن أبي أيوب رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من فرق بين والدة وولدها . . فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » .

ولا فرق بين أن يفرق ببيع أو هبة أو قسمة ، ولا بين أن يقرضه أو يجعله أجرة ونحو ذلك ، وأفتى الغزالي بأنه يمتنع التفريق بالمسافرة أيضاً ؛ لعموم الحديث ، وطرده في التفريق بين الزوجة وولدها وإن كانت حرة[٢] ، بخلاف المطلقة ؛ لإمكان صحبة الزوجة .

ولو كان له ولد من أمته فأراد انتزاعه منها وإعطاءه لمرضعة غيرها . . فالأصح المنع[٣] ، وعلله الرافعي قبيل (الجنايات) بتحريم التفريق ، لكن يجوز التفريق بالعتق والوصية على الأصح فيهما .

وأما التفريق بالفسخ ، فإن كان بالرد بالعيب أو بالرجوع في الفلس أو بالفراق قبل

---

(١) في هامش (ك) : (الفرق بينهما : أن بيع السلاح للحربي معجوز عن تسليمه شرعاً) .

(٢) في هامش (ك) : (الطرد ضعيف في الزوجة الحرة ، صحيح في الأمة) .

(٣) في هامش (ك) : (هو معتمد كما يستفاد ذلك من متن « الروض » في « نفقة القريب » . نعم ؛ هو محمول على ما إذا طلبت إرضاعه وكان في وقت استمتاعه بها لا يتضرر به) .

الدخول . . لم يجز على الأصح ، وإن كان برجوع المقرض أو الواهب أو صاحب اللقطة . . ففيه نظر (١) .

وأم الأم عند عدم الأم كالأم ، وقيده الماوردي بما إذا كان لها حق الحضانة ، ولو بيع مع الجدة مع وجود الأم . . حرم على الصحيح ، ولا خلاف أنه يباع مع الأم دون الجدة ، ولا يتعدى الحكم إلىٰ غير الأصول من الأقارب .

وإذا كانت الأم رقيقة والولد حراً أو عكسه . . فلا منع من بيع المملوك قطعاً ، ولو كانت الأم لواحد والولد لآخر . . جاز لكل منهما بيع ما في ملكه ، والأب كالأم على الأظهر ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ملعون من فرق بين والد وولده » رواه أبو داوود [٢٦٨٩] .

فلو رضيت الأم بالتفريق . . فالأصح : الامتناع أيضاً .

قال : (**حتىٰ يميز**) فيستغني عن الحضانة ؛ لأنه حينئذ يفهم الخطاب ويرد الجواب ، سواء حصل قبل سبع سنين أم بعدها .

وحكم الولد المجنون في ذلك حكم غير المميز ، فيمتنع التفريق فيه إلىٰ أن يُفيق .

قال : (**وفي قول : حتىٰ يبلغ**) ؛ لما روى الحاكم [٢/٥٥] من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ـ وقال : صحيح الإسناد ـ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يفرق بين الأم وولدها » ، قيل : إلىٰ متىٰ ؟ قال : « حتىٰ يبلغ الغلام وتحيض الجارية » ، ولأنه قبل البلوغ ناقص التمييز ، ولهـٰذا جاز التقاطه ما لم يبلغ .

وأجاب الأولون عن الحديث بأن الدارقطني ضعفه .

وأما بعد البلوغ . . فلا يحرم جزماً ، خلافاً لأحمد ، لـٰكن عندنا يكره .

---

(١) في هامش (ك) : (قال الأذرعي : والمتجه منع التفريق برجوع المقرض ومالك اللقطة دون الواهب ؛ لأن الحق في القرض واللقطة ثابت في الذمة ، فإذا تعذر الرجوع في العين . . رجع في غيرها بخلافه في الهبة ؛ فإنا لو منعنا فيها الرجوع . . لم يرجع الواهب بشيء) ورمز لقول الأذرعي بالصحة .

وَإِذَا فَرَّقَ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ . . بَطَلاَ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْعَرَبُونِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ وَيُعْطِيَهُ دَرَاهِمَ لِتَكُونَ مِنَ ٱلثَّمَنِ إِنْ رَضِيَ ٱلسِّلْعَةَ ، وَإِلاَّ . . فَهِبَةً .

قال : (**وإذا فرق ببيع أو هبة . . بطلا في الأظهر**) ؛ لعدم القدرة على التسليم شرعاً .

وروىٰ أبو داوود [٢٦٨٩] والحاكم [٢/٥٥] والبيهقي [١٢٦/٩] من حديث ميمون بن أبي شبيب عن علي رضي الله عنه : (أنه فرق بين جارية وولدها ، فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع) .

والثاني ـ وهو القديم ـ : يصح ؛ لأن التحريم للإضرار لا لخلل في العقد .

وقوله : (بطلا) بعد العطف بـ(أو) معترض كما تقدم غير مرة .

وإذا قلنا : بالصحة لا يقرهما على التفريق ، بل إن رضي المتبايعان بضم أحدهما إلى الآخر . . استمر العقد ، وإلا . . فسخ .

فرع :

يجوز التفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن ، لكن يكره لا لغرض صحيح ، وفيه وجه : أنه لا يجوز ، وهو مخصوص بالتفرقة بغير الذبح ، أما به . . فيجوز قطعاً ، قاله المصنف .

قال الشيخ : المراد : ذبح الولد[1] ، أما ذبح الأم مع بقاء الولد . . فيظهر أنه كغير الذبح .

قال : (**ولا يصح بيع العربون ؛ بأن يشتري ويعطيه دراهم لتكون من الثمن إن رضي السلعة ، وإلا . . فهبة**) ؛ لما روىٰ مالك [٦٠٩/٢] وأبو داوود [٣٤٩٦] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع العربان) ، ولأنه اشتمل علىٰ شرطين فاسدين : أحدهما : شرط الهبة . والثاني : شرط الرد علىٰ تقدير أن لا يرضىٰ .

وصورة المسألة : أن يقع الشرط في صلب العقد ، فإن اتفقا عليه قبل ذلك ولم يتلفظا به . . فالبيع صحيح .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

بَاعَ خَلاً وَخَمْراً ، أَوْ عَبْدَهُ وَحُرّاً ، أَوْ وعَبْدَ غَيْرِهِ ، أَوْ مُشْتَرَكاً بِغَيْرِ إِذْنِ ٱلآخَرِ . . صَحَّ فِي مِلْكِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

و(العربون) أعجمي معرب ، وفيه ست لغات : أفصحهن : فتح العين والراء ، وضم العين وإسكان الراء ، وعُرْبان بالضم والإسكان أيضاً ، وإبدال العين همزة مع الثلاثة .

ومن لحن العوام (عَرْبون) بفتح العين وإسكان الراء .

تتمة :

يحرم الاحتكار والتسعير على الأصح فيهما .

فـ(الاحتكار) : أن يشتري القوت وقت الغلاء ليبيعه فيه بأزيد مما اشتراه به ، ولا بأس أن يشتري به وقت رخصه ليبيعه وقت الغلاء ، ولا أن يمسك غلة ضيعته ليبيعها وقت الغلاء ، لـٰكن الأولىٰ أن يبيع ما فضل عن كفايته ، فإن كان بالناس ضرورة وعنده ما يفضل عن قوته وقوت عياله سنة . . وجب عليه بيع الفضل ، فإن لم يفعل . . أجبر عليه .

و(التسعير) : أن يأمر الإمام أو نائبه أهل السوق أن لا يبيعوا بضائعهم إلا بكذا .

وقيل : يكره ذلك .

وقيل : يجوز بزمن الغلاء دون الرخص ، ويلحق بالأقوات علف الدواب في الأظهر وإذا سعر فخالف وباع . . عزر ، وفي صحة البيع وجهان ، حكاهما المتولي .

قال المصنف : قلت : الأصح : صحة البيع .

وإنما لم يذكر المصنف تحريم الاحتكار والتسعير ؛ لأن كلامه في العقد المنهي عنه ، والنهي فيهما ليس راجعاً إلى العقد .

قال : (**فصل :**

باع خلاً وخمراً ، أو عبده وحراً ، أو وعبد غيره ، أو مشتركاً بغير إذن الآخر . . صح في ملكه في الأظهر) ضمن المصنف هـٰذا الفصل حكم تفريق الصفقة ، وهي اسم

للعقد ، وتفريقها علىٰ ثلاثة أقسام :

الأول : في الابتداء ، ومنه الأمثلة التي ذكرها المصنف .

والثاني : في الداوم ، كما إذا تلف أحد العبدين قبل القبض .

والثالث : في اختلاف الأحكام ، كالجمع بين البيع والإجارة .

فابتدأ بالتفريق في الابتداء ، فإذا باع ما يملكه وما لا يملكه . . صح في ملكه في الأظهر ؛ قصراً للفساد على الفاسد ، وهـٰذا هو العدل ، كمن باع شقصاً وسيفاً تثبت الشفعة في الشقص إفراداً لكل واحد بحكمه ، وإلىٰ هـٰذا ذهب المزني .

والثاني : يبطل فيهما ، والأصح في تعليله : أن اللفظة الواحدة جمعت حراماً وحلالاً فغلب الحرام ، وهـٰذا القول صححه الربيع وقال : إنه آخر قولي الشافعي .

وقال في « المهمات » : إنه المعتمد المفتىٰ به ، وإن الذي صححه الشيخان من الصحة خلاف مذهب الشافعي .

وصورة المسألة : أن يقول : بعتك هـٰذين الخلين أو العبدين أو هـٰذين ، فلو قال : بعتك هـٰذا الخل والخمر أو العبد والحر . . بطل جزماً ، واختار الشيخ أنه لا فرق[1] .

تنبيهات :

أحدها : أقرب صور الكتاب إلى الصحة الأخيرةُ ؛ إذ قيل : يصح فيها قطعاً ، ثم التي قبلها ، ثم التي قبلها ، وأبعدها الأولىٰ ؛ لأن الخمر لا تقوم إلا بتقدير تغيير في خلقها .

وقيل : لا يصح في الأوليين قطعاً ، ولهـٰذا رتبها المصنف كذلك .

الثاني : خلاف تفريق الصفقة يجري في كثير من أبواب البياعات والإجارات والأنكحة والشهادات ، وغيرها مما ليس مبنياً على السراية والتعليق ، فأما ما كان مبنياً

(١) رمز في هامش (ك) لصحته . .

فَيَتَخَيَّرُ ٱلْمُشْتَرِي إِنْ جَهِلَ ، فَإِنْ أَجَازَ . . فَبِحِصَّتِهِ مِنَ ٱلْمُسَمَّىٰ بِٱعْتِبَارِ قِيمَتِهِمَا ،

علىٰ ذلك كالطلاق والعتق . . فيصح بلا خلاف ، فلو طلق امرأته أربعاً أو أعتقها هي وأجنبية . . نفذ في الذي يملكه بالإجماع .

الثالث : يستثنىٰ ما إذا أجر الراهن العين المرهونة مدة تزيد علىٰ محل الدين .

وإذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فزاد عليه . . فالأصح فيهما : البطلان في الجميع .

وإذا فاضل في الربويات ، أو زاد في خيار الشرط علىٰ ثلاثة أيام ، أو في العرايا على القدر الجائز . . بطل في الجميع جزماً .

وإذا أوصىٰ من لا وارث له بأكثر من الثلث . . صحت في الثلث من غير تخريج على الخلاف .

قال : (**فيتخير المشتري إن جهل**) ؛ لتبعيض الصفقة عليه ، وهـٰذا الخيار على الفور ؛ لأنه خيار نقص ، قاله ابن الرفعة[1] .

واحترز عما إذا كان عالماً ؛ فإنه لا خيار له ، وفيما يلزمه القولان الآتيان ، وقيل : يجب الجمع قطعاً .

قال : (**فإن أجاز . . فبحصته من المسمىٰ باعتبار قيمتهما**) ؛ لأنه جعل الثمن في مقابلتهما فيقدر الحر عبداً قطعاً ، والخنزير شاة على الأصح ، والخمر خلاً[2] كما صححه في زوائد « الروضة » ، وقيل : عصيراً ، وهو الأشهر في « شرح المهذب » .

فإذا كان المملوك يساوي مئة والآخر يساوي مئتين . . فالمجموع ثلاث مئة ، حصة المملوك منها الثلث ، فيؤخذ ثلث المسمىٰ في العقد ، فإن كان اشتراهما بمئة وخمسين . . أوجبنا خمسين ، وإن اشتراهما بست مئة . . أوجبنا مئتين .

وأشار بقوله : (باعتبار قيمتهما) إلىٰ أن المسألة مفروضة فيما إذا كان الذي لا يصح فيه العقد له قيمة عند بعض الناس ؛ بأن يكون مقصوداً كالخمر ، فإن لم يكن مقصوداً كالدم والحشرات . . كانت الإجازة بالجميع .

---

(١) في هامش (ك) : (هو كما قال) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَفِي قَوْلٍ : بِجَمِيعِهِ ، وَلاَ خِيَارَ لِلْبَائِعِ . وَلَوْ بَاعَ عَبْدَيْهِ فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ قَبْضِهِ . . لَمْ يَنْفَسِخْ فِي ٱلآخَرِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ . . . .

قال : (**وفي قول : بجميعه**) ؛ لأنه لغا ذكر المضموم فيقع في مقابلة الصحيح .

وفي قول ثالث : إن كان المبيع مما يتقسط الثمن علىٰ أجزائه كالمشترك . . وجب القسط ، وإن تقسط علىٰ قيمته كالعبدين . . وجب المسمىٰ .

وفي رابع : إن كان الآخر له قيمة كعبد الغير . . وجب القسط ، وإن لم يكن كالخمر . . وجب المسمىٰ ؛ لعدم إمكان التوزيع .

تنبيه :

أطلق المصنف الخلاف ، ومحله في غير الربوي ، أما الربوي ، فإذا خرج بعض أحد[1] العوضين فيه مستحقاً وصححنا العقد في الباقي . . فالواجب حصته بلا خلاف ؛ لأن الفضل بينهما حرام .

قال : (**ولا خيار للبائع**) ؛ لتفريطه حيث باع ما لا يملك وطمع في استحقاق ما لا يستحق ، وقيل : يثبت له الخيار إذا أوجبنا القسط .

قال : (**ولو باع عبديه فتلف أحدهما قبل قبضه . . لم ينفسخ في الآخر على المذهب**) هـٰذا هو القسم الثاني من تفريق الصفقة وهو تفريقها في الدوام ، وإنما لم ينفسخ العقد في الثاني ؛ لأنه لم يجمع بين حلال وحرام .

والطريق الثاني : يتخرج على القولين فيما إذا باع ما يملكه وما لا يملكه ؛ تنزيلاً للطارىء قبل القبض منزلة المقارن للعقد كما سوينا بينهما في الرد بالعيب .

قال : (**بل يتخير**) كما في الابتداء ؛ لفوات مقصوده ، وهـٰذا راجع إلى الصور الثلاث[2] .

هـٰذا إذا كان الآخر في يد البائع أو يد المشتري باقياً ، فإن كان في يده تالفاً . .

---

(١) في هامش (ت) : (لعله : بعض) .

(٢) في هامش (ك) : (هي : تلفه قبل قبضهما ، أو بعد قبض الآخر مع بقائه أو تلفه) .

فَإِنْ أَجازَ . . فَبِٱلْحِصَّةِ قَطْعاً . وَلَوْ جَمَعَ فِي صَفْقَةٍ مُخْتَلِفَي ٱلْحُكْمِ كَإِجَارَةٍ وَبَيْعٍ أَوْ سَلَمٍ . . صَحَّا فِي ٱلْأَظْهَرِ ، وَيُوَزَّعُ ٱلْمُسَمَّىٰ عَلَىٰ قِيمَتِهِمَا ، . . . .

فالأصح في « تعليق القاضي » : أنه لا خيار له[1] .

فعلىٰ هـٰذا : عليه حصته من الثمن .

والثاني : له الفسخ ويرد قيمته .

قال : (**فإن أجاز . . فبالحصة قطعاً**) ؛ لأن الثمن قد يوزع عليهما في الابتداء .

وقوله : (**قطعاً**) تبع فيه « المحرر » ، وكان الصواب : أن يعبر بالمذهب ؛ لأن الشيخ أبا إسحاق المروزي طرد فيها القولين في عبده وعبد غيره .

قال : (**ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم كإجارة وبيع أو سلم . . صحا في الأظهر ، ويوزع المسمىٰ علىٰ قيمتهما**) هـٰذا تفريق الصفقة في اختلاف الأحكام .

مثال الإجارة والبيع : أجرتك داري شهراً وبعتك عبدي هـٰذا بكذا .

ومثال الإجارة والسلم : أجرتك داري شهراً وبعتك صاع قمح في ذمتي سلماً بكذا .

فهـٰذه العقود مختلفة الحكم ؛ لأن التأقيت في الإجارة شرط وهو في البيع مبطل ، والسلم يشترط فيه قبض رأس المال في المجلس دون البيع .

ونظير ذلك : البيع والصرف ؛ لأن التفرق قبل التقابض يبطل الصرف دون البيع .

وكذلك البيع والنكاح ؛ لأن النكاح لا يفسد بفساد العوض بخلاف البيع .

إذا تقرر هـٰذا : فوجه الصحة القياس علىٰ ما إذا باع ثوباً وشقصاً من دار ؛ فإنه يجوز وإن اختلفا في حكم الشفعة واحتجنا إلى التقويم بسببها .

ووجه البطلان : أن اختلاف الأحكام قد يعرض بسببه ما يوجب الفسخ فيحوج إلى التوزيع وتلزم منه الجهالة .

وأشار المصنف بـ(الإجارة والسلم) إلىٰ أن شرط العقدين أن يكونا لازمين ، فلو

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

أَوْ بَيْعٍ وَنِكَاحٍ . . صَحَّ ٱلنِّكَاحُ ، وَفِي ٱلْبَيْعِ وَٱلصَّدَاقِ ٱلْقَوْلَانِ . وَتَتَعَدَّدُ ٱلصَّفْقَةُ بِتَفْصِيلِ ٱلثَّمَنِ كَبِعْتُكَ ذَا بِكَذَا ، وَذَا بِكَذَا ، وَبِتَعَدُّدِ ٱلْبَائِعِ ، . . . .

جمع بين بيع وجعالة[1] . . لم يصح قطعاً .

ولم يعبر المصنف بعقدين مختلفي الحكم كما في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » و« التنبيه » ؛ لئلا يرد عليه البيع والصرف ، وما إذا باع عبدين وشرط الخيار في أحدهما دون الآخر ، أو شرط في أحدهما يوماً وفي الآخر يومين ؛ فإن ذلك كله عقد واحد ، ومع ذلك فيه القولان لاختلاف الحكم .

قال : (**أو بيع ونكاح . . صح النكاح**) ؛ لأنه لا يفسد بفساد الصداق ، وهـٰذه مكررة في (الصداق) .

وصورتها : أن يتحد المستحق ؛ بأن يقول : زوجتك بنتي وبعتك عبدها بكذا ، إذا كانت تحت حجره أو وكلته في البيع ، أو زوجتك أمتي وبعتك عبدي بكذا ، إذا كان ممن تحل له الأمة .

قال : (**وفي البيع والصداق القولان**) أصحهما : الصحة ، فيوزع علىٰ قيمة المبيع ومهر المثل كما سيأتي في (الصداق) .

وإن قلنا : لا يصحان . . سقط جميع المسمىٰ ووجب في النكاح مهر المثل .

وإن جمع بين بيع وخلع . . صح الخلع ، وفي المسمىٰ والبيع القولان .

قال : (**وتتعدد الصفقة بتفصيل الثمن ، كبعتك ذا بكذا ، وذا بكذا**) سواء فصل المشتري القبول كذلك أم لا على المذهب ، فإن فصل الثمن كتفصيل البائع . . صح قطعاً ؛ لانتفاء الجهالة ، وإن قال : قبلتهما . . فهي متحدة[2] .

قال : (**وبتعدد البائع**) كما إذا قالا : بعناك ذا بكذا ، فإن قبل نصيبهما جملة . . صح قطعاً ، وإن قبل نصيب أحدهما واقتصر عليه . . لم يصح في الأصح عند

---

(١) في هامش (ك) : (يشترط قبض عوضه في المجلس كالربوي ، وكإجازة ذمة وجعالة ، وسلم وجعالة ؛ إذ يشترط القبض في المجلس في هـٰذه المسائل ، والجعالة لا يلزمه تسليم المال إلا بفراغه من العمل فتنافىٰ حكمهما) .

(٢) في هامش (ك) : (أي : موافقة) .

وَكَذَا بِتَعَدُّدِ ٱلْمُشْتَرِي فِي ٱلْأَظْهَرِ . وَلَوْ وَكَّلَاهُ أَوْ وَكَّلَهُمَا . . فَٱلْأَصَحُّ : ٱعْتِبَارُ ٱلْوَكِيلِ . . . .

الرافعي ؛ لاقتضائه جوابهما ، وصحح الشيخ الصحة تبعاً للمتولي ، ولم يترددوا في التعدد بتعدد البائع ، وحكوا وجهين في أنه : هل لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من ثمنه ؟ أصحهما : نعم .

ولو اشترىٰ شقصين من اثنين . . فللشفيع أخذ نصيب أحدهما في الأصح .

ولو اشترىٰ في العرايا تسعة أوسق من اثنين . . صح في الأصح .

قال : (**وكذا بتعدد المشتري في الأظهر**) كقوله : بعتكما هـٰذا بكذا ، فتتعدد الصفقة قياساً علىٰ تعدد البائع .

والثاني : لا تتعدد ، كما ليس لأحدهما إفراد حصته بالرد ، فأما إذا قلنا بالتعدد فقبل أحدهما دون الآخر . . لم يصح على الأصح عند الشيخين والبغوي ؛ لعدم المطابقة[1] .

والذي جزم به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي والبندنيجي والجرجاني ، ورجحه المتولي والإمام والغزالي والروياني وابن الرفعة والشيخ : الصحة ؛ لأنه لو توقفت صحة قبول أحدهما على الآخر . . لَمَا صح العقد .

ولو اشترى اثنان من اثنين . . فهو في حكم أربعة عقود .

ولا يخفىٰ : أن الصفقة في العرايا والشفعة تتعدد بتعدد المشتري قطعاً وبتعدد البائع على الأصح ، عكس المقرر هنا .

قال : (**ولو وكلاه أو وكلهما . . فالأصح : اعتبار الوكيل**) ؛ لأن أحكام العقد من اشتراط الرؤية وثبوت خيار المجلس وغيرهما تتعلق به لا بالموكل .

والثاني : الاعتبار بالمعقود له ؛ لأن مرجع أمر العقد إليه ، وهـٰذا هو الأصح في « الوجيز » وبعض نسخ « المحرر » .

وقد اعتذر المصنف عنه في « الدقائق » .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

والثالث : أن النظر في جانب الشراء إلى الوكيل ، وفي جانب البيع إلى الموكل .

والرابع : عكسه .

كل هـٰذا في غير الشفعة والرهن ؛ ففيهما الاعتبار بالموكل لا بالوكيل .

تتمة :

من المناهي الداخلة في هـٰذا القسم : مبايعة من في يده الحلال والحرام كالظلمة والمكاسين والمنجمين والذي يضرب بالشعير والحصىٰ والرمل والمشعبذ ، فكل ما يأخذه هـٰؤلاء بهـٰذا الفعل حرام .

وتكره مبايعتهم سواء كان الحرام أكثر أم الحلال ، فإن استويا . . صح ، وإن تحقق أن ما يأخذه حرام . . لم تصح المبايعة ، وإن تحقق حله . . لم يكره .

وخصص الشيخ عز الدين الكراهة بما إذا كان ذلك من جنس الحرام الذي يكتسبه[1] ، فإن كان من غيره . . فلا بأس به وإن تردد في أنه اشتراه به .

وحرم مالك رضي الله عنه معاملة مَن أكثرُ ماله حرام ؛ لما في « البيهقي » وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من لم يبال من أين مطعمه ولا من أين مشربه . . لم يبال الله به من أي أبواب جهنم أدخله » .

وقال : « ملاك دينكم الورع » .

وقال في « الإحياء » : يحرم أخذ المال من السلطان إذا كان أكثر ما في بيت المال حراماً كما هو الغالب .

قال المصنف : وهـٰذا شاذ ليس مذهبنا ، بل المذهب الكراهة .

* * *

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا ضعيف) .

. . . .

خاتمة

إذا نهب متاع مخصوص فصادف الشخص من ذلك النوع شيئاً يباع ، واحتمل أن يكون من المنهوب . . فتركه ورع .

والورع لمن اشترىٰ شيئاً للأكل أو غيره : أن يشتريه بثمن في ذمته ، فإنه يملكه قطعاً ، بخلاف ما إذا اشتراه بالعين ؛ فإنه لا يقطع بأنه ملكه .

* * *

بَابُ ٱلْخِيَارِ

يَثْبُتُ خِيَارُ ٱلْمَجْلِسِ فِي أَنْوَاعِ ٱلْبَيْعِ : ....

باب الخيار

هو طلب خير الأمرين ، والأصل في البيع اللزوم ، إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقاً بالمتعاقدين ، وهو نوعان : خيار تَشَهٍّ ، وخيار نقيصة .

فخيار التشهي : ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهوتهما من غير توقف علىٰ فوات أمر في المبيع ، وسببه : المجلس ، أو الشرط .

وخيار النقيصة سببه : خلف لفظي ، أو تغرير فعلي ، أو قضاء عرفي ، فمنه خيار العيب ، والتصرية ، والخلف ، والفلس ، والمرابحة ، والتحالف ، واختلاط الثمار ، وتلقي الركبان .

قال : (**يثبت خيار المجلس في أنواع البيع**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر » متفق عليه [خ ٢١٠٧ـ م١٥٣١] من رواية ابن عمر رضي الله عنهما .

وكان ابن عمر رضي الله عنهما إذا اشترىٰ شيئاً يعجبه . . فارق المجلس ، وتفسير الراوي مقدم علىٰ تفسير غيره .

ورواه مالك ثم قال : وليس لهـٰذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به .

وقال بعض أصحابه : أشار إلىٰ أن إجماع أهل المدينة علىٰ نفيه .

ورد بأن ابن المسيب وابن شهاب من أجلِّ فقهاء المدينة ونصا على العمل به ، ولم يرد عن أحد من أهلها قبل مالك تركه إلا عن ربيعة علىٰ خلاف عنه .

وكان محمد بن عبد الرحمـٰن بن أبي ذئب في عصر مالك ينكر عليه ذلك ، وكان محمد المذكور عظيم الشأن يشبه سعيد بن المسيب .

وأنكره أبو حنيفة أيضاً .

كَٱلصَّرْفِ وَبَيْعِ ٱلطَّعَامِ بِٱلطَّعَامِ وَٱلسَّلَمِ وَٱلتَّوْلِيَةِ وَٱلتَّشْرِيكِ وَصُلْحِ ٱلْمُعَاوَضَةِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : ٱلْمِلْكُ فِي زَمَنِ ٱلْخِيَارِ لِلْبَائِعِ أَوْ مَوْقُوفٌ . . فَلَهُمَا ٱلْخِيَارُ ، وَإِنْ قُلْنَا : لِلْمُشْتَرِي . . تَخَيَّرَ ٱلْبَائِعُ دُونَهُ . . . .

وتعلق المالكية والحنفية بأمور قال ابن عبد البر : أكثرها تشعب لا حاصل له .

والمعنىٰ فيه : أن البيع من عقود المغابنات فشرع فيه الخيار لدفع الغبن .

ودخل في كلام المصنف الإقالة إذا جعلناها بيعاً ، وكذلك بيع الأب ما له من طفله وعكسه .

لـٰكن يرد عليه الحوالة والقسمة[1] ؛ فالأصح : لا خيار فيهما وإن جعلناهما بيعاً .

وكذلك بيع العبد من نفسه لا خيار فيه على الأصح في « الشرح الصغير » و« شرح المهذب » ؛ لأن الإنسان لا يجهل حال نفسه .

وأما الحوالة فيأتي حكمها في أول بابها إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**كالصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة**) احترز بـ(المعاوضة) عن صلح الحطيطة فلا خيار فيه ؛ لأنه إبراء أو هبة ولا خيار فيهما .

لـٰكن يرد عليه الصلح على المنفعة ولا خيار فيه على الأصح ؛ لأنه إجارة ، وكذلك الصلح عن دم العمد لا خيار فيه أيضاً ، قاله القاضي حسين .

قال : (**ولو اشترىٰ من يعتق عليه ، فإن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف . . فلهما الخيار**) ؛ لوجود المقتضي له بلا مانع ، وهـٰذه طريقة الأكثرين ، ولو اشترىٰ من شهد بحريته . . فثلاثة أوجه : أصحها : يثبت للبائع دون المشتري .

قال : (**وإن قلنا : للمشتري . . تخير البائع دونه**) ؛ تنزيلاً للسراية منزلة إعتاق المشتري الأجنبي في زمن الخيار ، وعلىٰ قولنا : (الملك له) يسقط خياره في الأصح ولا يسقط خيار البائع على الأصح .

---

(١) في هامش (ك) : (التي لا رد فيها) .

وَلاَ خِيَارَ فِي ٱلإِبْرَاءِ وَٱلنِّكَاحِ وَٱلْهِبَةِ بِلاَ ثَوَابٍ ، وَكَذَا ذَاتُ ٱلثَّوَابِ وَٱلشُّفْعَةُ وَٱلإِجَارَةُ . . . .

تنبيه :

أطلق الشيخان وابن الرفعة : أن الخيار إذا انقضىٰ في شراء القريب . . عتق[١] .

قال الجوري في (باب القراض) : إذا لم يوف الثمن لا يعتق وإن انقضى الخيار ؛ لبقاء حق الحبس ، كما لو ورثه وهو مرهون ، وأشار الدارمي هناك إلىٰ خلاف فيه .

قال : (**ولا خيار في الإبراء والنكاح والهبة بلا ثواب**) وهي المقيدة بنفيه والمطلقة إذا قلنا : لا تقتضيه ؛ لأن اسم البيع لا يصدق علىٰ شيء من الثلاثة .

ولا خيار أيضاً : في الرهن ، والوقف ، والعتق ، والطلاق ، والعقود الجائزة .

قال : (**وكذا ذات الثواب**) ؛ لأنها لا تسمىٰ بيعاً ، والخبر ورد في البيع ، لٰكن في بابي (الهبة) و(الشفعة) من « الشرحين » و« الروضة » ما حاصله تصحيح الثبوت[٢] .

قال : (**والشفعة**) هٰذا في حق الشفيع ، أما المشتري . . فلا خيار له قطعاً ، واستدل لما صححه المصنف بأن المأخوذ منه لا خيار له ويبعد ثبوت خيار المجلس من أحد الجانبين ، والذي صححه المصنف هنا وافق فيه « المحرر » .

وصحح في « الشرح الكبير » في (الشفعة) ثبوت الخيار فيها للشفيع ؛ لأن الأخذ فيها ملحق بالمعاوضات بدليل الرد بالعيب والرجوع بالعهدة ، لا جرم استدرك عليه في « الروضة » هناك وصحح عدمه ونقله عن الأكثرين ، فإن أثبتناه . . فمعناه : أنه بعد الأخذ يتخير في رد الملك وإمساكه ، وهٰذا هو الأصح .

وقيل : معناه : أنه يتخير في المجلس قبل الأخذ بين الأخذ والترك .

ورجوع المالك في عين ماله بالفلس كالشفعة لا خيار فيه على الأصح .

قال : (**والإجارة**) ؛ لأنها عقد غرر والخيار غرر فلا يضم غرر إلىٰ غرر .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلْمُسَاقَاةُ وَٱلصَّدَاقُ فِي ٱلأَصَحِّ . ويَنْقَطِعُ بِٱلتَّخَايُرِ ؛ بِأَنْ يَخْتَارَا لُزُومَهُ ، فَلَوِ ٱخْتَارَ أَحَدُهُمَا . . سَقَطَ حَقُّهُ وَبَقِيَ لِلآخَرِ ، . . . .

والثاني : يثبت فيها الخيار ؛ لأنها معاوضة لازمة فأشبهت البيع .

وقيل : يثبت في الواردة على الذمة دون الواردة على العين .

وصحح المصنف في « تصحيحه » ثبوت الخيار في الإجارة المتعلقة بالزمان ، ويلزم منه الثبوت فيما عدا ذلك بطريق أولىٰ ، لـٰكن الصحيح المعتمد في أكثر كتبه وكتب الرافعي : عدم ثبوته فيها[1] .

قال : (**والمساقاة**) ؛ لأنها كالإجارة على العين ، وقيل : أولىٰ بالثبوت ، وقيل : أولىٰ بالعدم .

والمسابقة ، إن قلنا : لازمة . . فكالإجارة .

قال : (**والصداق**) ؛ لأن المال فيه تبع للنكاح ولا خيار فيه .

فعلىٰ هـٰذا : لو شرطه . . بطل ووجب مهر المثل ، ويجري الوجهان في بدل الخلع .

قال : (**في الأصح**) أي : في المسائل الخمس ؛ لأنها لا تسمىٰ بيعاً .

والوجه الثاني : أن الخيار ثابت في الجميع ؛ لأنها في معنى البيع لثبوت العوض .

قال : (**وينقطع بالتخاير ، بأن يختارا لزومه**) كقولهما : ألزمناه ، أو أجزناه ، أو رفعنا الخيار ، أو أبطلناه ، أو أفسدناه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » أي : إلا بيعاً شرط فيه الخيار .

وقيل : هو استثناء من المفهوم ، أي : إلا ما شرط فيه خيار الثلاث فلا يلزم بالتفرق .

ومحل الاتفاق على اللزوم : إذا كان قول الآخر على الفور .

قال : (**فلو اختار أحدهما**) أي : اللزوم ولم يختر الآخر على الفور (. . **سقط حقه وبقي للآخر**) كخيار الشرط .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَبِٱلتَّفَرُّقِ بِبَدَنِهِمَا ، فَلَوْ طَالَ مُكْثُهُمَا أَوْ قَامَا وَتَمَاشَيَا مَنَازِلَ . . دَامَ خِيَارُهُمَا ، وَيُعْتَبَرُ فِي ٱلتَّفَرُّقِ ٱلْعُرْفُ . . . .

وفي وجه : يسقط خيار الآخر ؛ لأن خيار المجلس لا يتبعض .

والثالث : يبقىٰ لهما ، وصححه الماوردي لما قلناه .

وجوابهما : أنه لا يتبعض ابتداء ، أما دواماً : فممنوع .

ولو التزم أحدهما وفسخ الآخر . . قدم الفسخ ، ولو قال أحدهما : اختر ، أو خيرتك ، فقال : اخترت . . انقطع خيارهما ، وإن سكت . . انقطع خيار القائل في الأصح ولا ينقطع خيار الساكت .

وإذا باع مال ولده من نفسه أو عكسه ، فإن ألزم البيع لهما . . لزم ، أو له . . بقي الولد ، كذا قاله الشيخان وغيرهما ، ولم يذكروا ما إذا ألزم البيع لولده . . فظن شيخنا أنه يلزمه ويسقط خيار الولي أيضاً ؛ لما في إلزامه الولد دونه من عدم النظر له ، وليس كذلك ؛ فقد صرح في « البسيط » بأنه إذا بطل خيار أحدهما بقي الآخر ، وهو الصواب[1] .

قال : (**وبالتفرق ببدنهما**) ؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ، ولا بد في ذلك من وصف الاختيار ، فلو حمل أحدهما مكرهاً . . لم يبطل خياره في الأصح ، ولو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر . . بطل خيارهما ، الهارب لفعله ، والماكث لتمكنه من الفسخ بالقول .

واحترز (بالتفرق بالبدن) عن التفرق بالروح ، يعني : عن التفرق بالموت ؛ فإنه لا يبطل كما سيأتي .

قال : (**فلو طال مكثهما أو قاما وتماشيا منازل . . دام خيارهما**) ؛ لعدم التفرق ، وقيل : لا يزيد علىٰ ثلاثة أيام ، وقيل : إذا أعرضا عما كانا فيه وطال الفصل . . انقطع ، وقيل : ينقطع بانتقالهما إلىٰ مجلس آخر .

قال : (**ويعتبر في التفرق العرف**) فما عده الناس تفرقاً . . لزم به العقد وما لا . .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فلا ، فلو كانا في سفينة أو دار أو مسجد صغارٍ . . فبأن يخرج أحدهما من المكان أو يصعد السطح ، وإن كانت الدار كبيرة . . فبأن ينتقل من صحنها إلىٰ صفتها أو بيت من بيوتها ، وإن كانا في سوق أو صحراء أو صحن دار . . فبأن يولي أحدهما ظهره الآخر ويمشي قليلاً على الأصح .

والثاني : يبعد بحيث لو كلمه على العادة لم يسمع .

والثالث : لا بد أن يزيد ما بينهما علىٰ ثلاثة أذرع .

والرابع : يكفي تولية الظهر .

والخامس : بمشي خطوة .

والسادس : خطوتين .

والسابع : خطوات .

ولو بني بينهما جدار أو أرخي ستر أو جرىٰ نهر . . لم يكف على الأصح .

فرع :

تبايعا بالمكاتبة وقبل المكتوب إليه إما لفظاً أو بالكتابة . . فله خيار المجلس ما دام في مجلس القبول ، ويتمادىٰ خيار الكاتب إلىٰ أن ينقطع خيار المكتوب إليه .

قال : (**ولو مات في المجلس أو جن . . فالأصح : انتقاله إلى الوارث والولي**) كخيار الشرط والرد بالعيب ، كذا نص عليه الشافعي رضي الله عنه هنا ، ونص في المكاتب علىٰ أنه إذا باع ومات في المجلس يلزم البيع ولا ينتقل الخيار إلىٰ سيده ، فقيل بتقريرهما ، والأظهر : أنهما علىٰ قولين :

أصحهما : أن الخيار ينتقل للوارث والسيد ، والإغماء كالجنون .

ويقابل الأصح : أنه يسقط ، أما في الموت . . فلأن الخيار يسقط بمفارقة المكان فبمفارقة الدنيا أولىٰ ، وأما في الجنون . . فلأنه في معنى الموت بدليل إسقاط التكليف

به ، وهـٰذا الخلاف يجري أيضاً في انتقاله إلى الموكل بموت الوكيل ، وإلى السيد بموت المأذون .

فروع :

حيث قلنا بالانتقال فكان المنتقل إليه غائباً فبلغه . . هل يكون على الفور أو يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر ؟ فيه وجهان : أصحهما : الامتداد .

وإذا ورث الخيار جماعة ، فإن كانوا حاضرين في المجلس . . فلهم الخيار إلىٰ أن يفارقوا العاقد الآخر ، فإن فارق بعضهم دون بعض . . لم ينقطع خيارهم في الأصح ، وإذا فسخ بعضهم وأجاز بعض . . انفسخ في الجميع على الأصح .

وإذا تصرف الولي ثم أفاق المجنون . . لم يكن له نقض ما فعله من فسخ أو إجازة ، فإن ادعىٰ : أنه خلاف الحظ . . نظر القاضي ، فإن وجده كما ادعىٰ . . نقضه .

وإذا كان الوارث طفلاً أو مجنوناً . . نصب الحاكم من يفعل الأصلح له من فسخ أو إجازة .

وإذا خرس أحدهما في المجلس ، فإن كانت له إشارة مفهمة أو كتابة . . فهو علىٰ خياره ، وإلا . . أقام الحاكم عنه نائباً .

قال : (**ولو تنازعا في التفرق أو الفسخ قبله . . صدق النافي**) أي : بيمينه في الأولىٰ قطعاً ، وفي الثانية على الأصح ؛ لأن الأصل دوام الاجتماع .

والثاني : القول قول مدعي الفسخ ؛ لأنه أعلم بتصرفه .

قال الرافعي وابن الأستاذ : إطلاق الأصحاب تصديق النافي ظاهر إن قصرت المدة ، أما إذا طالت . . فدوام الاجتماع خلاف الظاهر ، فلا يبعد تخريجه على الخلاف في تعارض الأصل والظاهر ، وهو حسن .

فَصْلٌ :

لَهُمَا وَلِأَحَدِهِمَا شَرْطُ ٱلْخِيَارِ فِي أَنْوَاعِ ٱلْبَيْعِ إِلاَّ أَنْ يُشْتَرَطَ ٱلْقَبْضُ فِي ٱلْمَجْلِسِ كَرِبَوِيٍّ وَسَلَمٍ . . . .

تتمة :

اتفقا على التفرق والفسخ واختلفا في السابق . . فهٰهنا تقابل أصلان ، قال الشيخ : (ينبغي أن يقال : من سبق بدعوى الفسخ . . قبل قوله ، فإن تساويا أو سبق أحدهما بدعوى التفرق . . صدق النافي للفسخ كما في الرجعة)[1] اهـ

والذي قاله وجه محكي في « فروع ابن القطان » رحمه الله .

قال : (**فصل** :

لهما ولأحدهما شرط الخيار) بالإجماع كذا قاله الرافعي ، وفي كلام الدارمي ما ينازع فيه .

فأما جوازه للمشتري . . فاستدل له بالحديث الآتي ، وأما للبائع ولهما . . فبالقياس عليه .

ويجوز أن يشترط لأحدهما خيار يوم وللآخر خيار يومين أو ثلاثة وأن يشترط لأجنبي على الأصح ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلى اشتراطه له ؛ لكونه أعرف بالمعقود عليه ، لـٰكن لا يجوز للوكيل اشتراطه إلا لنفسه أو موكله .

قال : (**في أنواع البيع**) كبيع الحيوان والعقار وغيرهما وكالصلح حيث جعلناه بيعاً .

واحترز بتقييده بـ(البيع) عن الفسوخ والطلاق والعتاق والإبراء والنكاح والإجارة .

قال : (**إلا أن يشترط القبض في المجلس كربوي وسلم**) ؛ فإنه لا يجوز اشتراطه لهما ولا لأحدهما ، لأن الخيار أعظم غرراً من الأجل ، فإذا امتنع الأجل . . امتنع الخيار من باب أولىٰ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وشمل قوله : (كربوي) : الصرف وبيع الطعام بالطعام .

وأشار المصنف بالمثالين إلىٰ : أنه لا فرق بين ما يشترط فيه القبض من الجانبين أو من أحدهما ، لـٰكن يرد علىٰ حصره : المُصرّاة ؛ فإنه يمتنع فيها اشتراط الخيار ثلاثاً للبائع ، وإذا اشترىٰ من يعتق عليه . . فإنه يمتنع شرط الخيار فيه للمشتري وحده ؛ لأنه يلزم من ثبوته عدم ثبوته ، والحوالة إذا جعلناها بيعاً . . فإنه لا خيار فيها ، والشفعة لا يثبت فيها خيار الشرط وإن ثبت فيها خيار المجلس دون خيار الشرط في وجه ، ولا يثبت في الهبة بثواب[1] ، وما عدا هـٰذه المواضع يتلازم الخياران في الوفاق والخلاف .

قال : (**وإنما يجوز في مدة معلومة**) ؛ نفياً للغرر ، فلو شرطه مطلقاً أو قدره بمدة مجهولة كمجيء زيد . . بطل العقد ، خلافاً لمالك حيث قال : يصح ، ويحمل علىٰ ما تقتضيه العادة فيه .

ولو تبايعا نهاراً بشرط الخيار إلى الليل . . لم تدخل الغاية .

قال : (**لا تزيد علىٰ ثلاثة أيام**) ؛ لأن الأصل امتناعه لكونه مخالفاً لوضع البيع ، لـٰكن وردت السنة بالثلاث في المصراة فاقتصر عليه .

واستدل لأن الثلاث مدة قريبة مغتفرة بقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَمَسُّوهَا بِسُوٓءٍ فَيَأْخُذَكُمْ عَذَابٌ قَرِيبٌ ﴿٦٤﴾ فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا۟ فِى دَارِكُمْ ثَلَـٰثَةَ أَيَّامٍ ﴾ .

ولخصوص الخيار بما روى البيهقي [٥/ ٢٧٣] وابن ماجه [٢٣٥٥] بإسناد حسن عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : سمعت رجلاً من الأنصار يشكو إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا يزال يغبن في البيع ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا بايعت . . فقل : لا خلابة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » ، ورواه البخاري في « تاريخه » [٨/ ١٧] كذلك مرسلاً .

والحديث إلىٰ قوله : « لا خلابة » رواه الشيخان [خ ٢١١٧ـ م ١٥٣٣] ، وما زاد علىٰ ذلك مرسل ، لـٰكن يحتج به لإجماع الأمة علىٰ جواز شرط الخيار ثلاثة أيام فما دونها ،

---

(١) في هامش (ك) : (أي : على رأي مرجوح) .

. . . .

فلو زاد عليها . . بطل العقد جزماً ، ولم يخرجوه علىٰ تفريق الصفقة ؛ لأن القاعدة في تفريق الصفقة : أن يجمع بين ما يجوز وما لا يجوز فيعقد عليهما ، وهنا جمع بينهما في الشرط والشروط الفاسدة مبطلة للعقد كما تقدم .

وقال مالك رضي الله عنه : تجوز الزيادة على الثلاث بحسب الحاجة ، حتىٰ لو اشترىٰ ضيعة يحتاج النظر فيها إلىٰ شهر فصاعداً . . جاز اشتراطه .

وعن أحمد : تجوز الزيادة بغير تحديد .

والرجل الذي كان يخدع في البيع . . قال المصنف في « مبهماته »[1] والبخاري في « تاريخه » : إنه منقذ ـ بالذال المعجمة ـ والد حَبان ـ بفتح الحاء ـ وكان قد بلغ مئة وعشرين سنة .

وقال الخطيب البغدادي والبيهقي والمصنف في « شرح مسلم » : إنه حَبان بن منقذ ، وجزم ابن الأثير بهما[2] ، وحَبان ومنقذ صحابيان أنصاريان .

وقوله : (لا خلابة) هو بكسر الخاء المعجمة ، ومعناه : لا غبن ولا خديعة ، وهـٰذه اللفظة في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثاً ، فإذا أطلقاها وكانا عالمين بمعناها . . ثبت ، وإن كانا جاهلين . . فلا ، وكذا إن علمها البائع دون المشتري على الأصح .

ويدخل في الثلاث ما اشتملت عليه من الليالي للضرورة ، بخلاف مدة مسح الخف فهي ثلاثة أيام وثلاث ليال .

ويشترط اتصال المدة بالعقد فلو شرط ثلاثاً في آخر الشهر ، أو خيار الغد دون اليوم ، أو متىٰ شاء . . بطل البيع ، ولو شرطا ثلاثاً ثم أسقطا اليوم الأول . . سقط الجميع .

ويشترط أن لا يكون المبيع مما يتسارع إليه الفساد قبل الثلاث ، فإن كان كذلك وشرطا فيه المدة . . فوجهان :

---

(١) أي في كتابه « المبهم على حروف المعجم » .

(٢) في هامش (ك) : (يحتمل أن الواقعة وقعت لهما) .

وَيُحْسَبُ مِنَ ٱلْعَقْدِ ، وَقِيلَ : مِنَ ٱلتَّفَرُّقِ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ ٱلْخِيَارُ لِلْبَائِعِ . . فَمِلْكُ ٱلْمَبِيعِ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي . . فَلَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَهُمَا . . فَمَوْقُوفٌ ، فَإِنْ تَمَّ ٱلْبَيْعُ . . بَانَ أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ ٱلْعَقْدِ ، وَإِلاَّ . . فَلِلْبَائِعِ . . . .

أصحهما : يبطل أيضاً .

والثاني : يصح ويباع عند الإشراف على الفساد ويقام ثمنه مُقامه .

وحيث حكما بفساد العقد بشرط فاسد فحذفاه في المجلس . . لم ينقلب صحيحاً .

قال : (**ويحسب من العقد**) أي عند الإطلاق ؛ لأن سببه العقد فاستعقبه ، فلو شرطاه من التفرق . . بطل في الأصح .

قال : (**وقيل : من التفرق**) ؛ لأنه لا فائدة له مع خيار المجلس .

قال : (**والأظهر : أنه إن كان الخيار للبائع . . فملك المبيع له ، وإن كان للمشتري . . فله ، وإن كان لهما . . فموقوف ، فإن تم البيع . . بانَ أنه للمشتري من حين العقد ، وإلا . . فللبائع**) مجموع ما في المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها : الملك للبائع .

والثاني : للمشتري .

والثالث : موقوف .

والمذكور في الكتاب توسط ذكره جماعة وعليه الفتوىٰ ، وهي جارية في خيار المجلس وخيار الشرط ، وينبني عليها الملك في الأكساب وما في معناها ، كاللبن والبيض والثمرة ومهر الجارية الموطوءة بشبهة وغير ذلك .

وأما النفقة . . فقال الجيلي : إن قلنا : الملك لأحدهما . . فهي عليه ، وإن قلنا : موقوف . . فعليهما .

وقال ابن الرفعة : يتجه أن يكون كالكسب[1] ويعضده ما قاله الرافعي في نفقة الموصىٰ به ، قال : وحيث حكمنا بالملك في البيع لأحدهما . . حكمنا بملك الثمن للآخر ، وحيث قلنا : إنه موقوف . . فالملك في الثمن كذلك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَحْصُلُ ٱلْفَسْخُ وَٱلإِجَازَةُ بِلَفْظٍ يَدُلُّ عَلَيْهِمَا كَفَسَخْتُ ٱلْبَيْعَ ، وَرَفَعْتُهُ ، وَٱسْتَرْجَعْتُ ٱلْمَبِيعَ ، وَفِي ٱلإِجَازَةِ : أَجَزْتُهُ ، وَأَمْضَيْتُهُ . وَوَطْءُ ٱلْبَائِعِ وَإِعْتَاقُهُ فَسْخٌ ، وَكَذَا بَيْعُهُ وَإِجَارَتُهُ وَتَزْوِيجُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

أما إذا شرطا الخيار لأجنبي . . فلم أر من تعرض لمن يكون فيه الملك والذي يظهر : أنه موقوف .

قال : (**ويحصل الفسخ والإجازة بلفظ يدل عليهما كفسخت البيع ، ورفعته ، واسترجعت المبيع ، وفي الإجازة : أجزته ، وأمضيته**) ؛ لأنها صريحة في المقصود .

قال : (**ووطء البائع وإعتاقه فسخ**) ؛ لأن الوطء يشعر باختيار الإمساك ، والإعتاق يتضمنه ، ووطؤه في هـٰذه الحالة حلال وإعتاقه نافذ[1] ، وخالف الرجعة حيث لا تحصل بالوطء ؛ لأن الملك يحصل بالفعل كالاحتطاب فكذلك تداركه ، بخلاف النكاح ، ومحل هـٰذا في غير الإيلاج في فرج المشكل ؛ فإنه إذا حصل من البائع أو المشتري لا يكون فسخاً ولا إجازة .

وأما مقدمات الوطء كالقبلة ونحوها . . فالأصح : أنها ليست فسخاً عند المصنف ، والأشبه في « المطلب » : أنها فسخ ؛ لأنها لا تباح إلا بالملك .

والركوب والاستخدام ليس فسخاً في الأصح خلافاً للبغوي .

ثم إذا قلنا : وطء البائع فسخ . . فهل هو علىٰ إطلاقه ، أو محله فيمن يبيح الملك وطأها في حال حتىٰ لو كانت أخته لا يكون فسخاً ؟ لا نقل فيه ، والذي يظهر : أنه ليس بفسخ كما لو تلوط بالغلام .

قال : (**وكذا بيعه وإجارته وتزويجه في الأصح**) ؛ لدلالتها علىٰ ظهور الندم .

والثاني : لا ؛ لأن الأصل بقاء العقد فيستصحبه إلىٰ أن يوجد الفسخ صريحاً .

وقال الرافعي : يجري هـٰذا الخلاف في الوقف والهبة والرهن إذا اتصلا بالقبض ، فإن جعلنا هـٰذه التصرفات فسخاً . . كانت صحيحة في الأصح ؛ قياساً على العتق .

---

(١) في هامش (ك) : (محله : إذا كان الخيار له فقط) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ هَـٰذِهِ ٱلتَّصَرُّفَاتِ مِنَ ٱلْمُشْتَرِي إِجَازَةٌ ، وَأَنَّ ٱلْعَرْضَ عَلَى ٱلْبَيْعِ وَٱلتَّوْكِيلَ فِيهِ لَيْسَ فَسْخاً مِنَ ٱلْبَائِعِ ، وَلاَ إِجَازَةً مِنَ ٱلْمُشْتَرِي . . . .

قال : (**والأصح : أن هـٰذه التصرفات**) وهي الوطء وما بعده (**من المشتري إجازة**) ؛ لأن وطء البائع اختيار للمبيع فكذا وطء المشتري .

والثاني : لا ؛ لأن الفسخ بالعيب لا يمنعه الوطء فكذا هنا .

ومحل الوجهين في الوطء والعتق : إذا لم يأذن البائع فيهما ، فإن أذن . . كان إجازة منهما جزماً[1] .

وأما البيع وما بعده ، فإن لم يأذن فيه البائع . . لم ينفذ ، لـٰكنه إجازة من المشتري في الأصح ، وإن أذن فيه . . فالأصح : صحته ، وهو إجازة قطعاً .

واحترز المصنف بـ(التصرفات) عن الإذن فيها ، فمجرد ذلك لا يكون إجازة من البائع ، حتىٰ لو رجع قبل التصرف . . كان علىٰ خياره ، قاله الصيدلاني وغيره[2] .

قال في « شرح المهذب » : وفيه نظر ؛ لأن الاعتبار بالدلالة على الرضا ، وهو حاصل بمجرد الإذن .

قال : (**وأن العرض على البيع والتوكيل فيه ليس فسخاً من البائع ، ولا إجازة من المشتري**) ؛ لأنهما لا يقتضيان إزالة ملك .

والثاني : نعم ؛ قياساً على الرجوع عن الوصية .

ويجريان في الرهن والهبة إذا لم يقبضا .

تتمة :

الوجهان في التوكيل حكاهما المتولي تفريعاً علىٰ قولنا : البيع فسخ .

وفي « الرافعي » : أن في العرض على البيع والإذن والتوكيل وجهين في كونهما فسخاً من البائع أو إجازة من المشتري ، فإن أراد بالإذن التوكيل . . فهو عطف الشيء

---

(١) في هامش (ك) : (اقتصاره على الإذن فقط يفهم : أنه يكفي بلا وطء ، وليس كذلك ، بل لا بد مع الإذن من الوطء) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

لِلْمُشْتَرِي ٱلْخِيَارُ بِظُهُورِ عَيْبٍ قَدِيمٍ كَخِصَاءِ رَقِيقٍ وَزِنَاهُ وَسَرِقَتِهِ وَإِبَاقِهِ . . . .

علىٰ نفسه ، وإن أراد إذن البائع للمشتري في ذلك . . فهي مسألة الصيدلاني المتقدمة التي قطع فيها بأنه لا يكون بمجرده إجازة .

قال : (**فصل** :

للمشتري الخيار بظهور عيب قديم) بالإجماع وبالقياس على المُصرّاة .

وروىٰ أحمد [٦/ ٨٠] وأبو داوود [٣٥٠٤] والترمذي [١٢٨٥] وابن ماجه [٢٢٤٣] والحاكم [١٥/٢] عن عائشة رضي الله عنها : (أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه) .

والمراد بـ(القديم) ما كان قبل القبض ولو حدث بعد العقد ، بدليل قوله بعد ذلك : (سواء قارن العقد أو حدث قبل القبض) .

قال : (**كخصاء رقيق**) ؛ لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي .

و(الخصاء) بالمد : سل الأنثيين سواء أقطع الوعاء أم الذكر معهما أم لا .

ولو قال : كالخصاء . . كان أجود ؛ لأن ذلك في البهائم أيضاً عيب ، ولا نظر في ذلك إلىٰ زيادة القيمة ؛ لأن الخلقة التامة قد نقصت .

قال : (**وزناه وسرقته وإباقه**) ذكراً كان أو أنثىٰ ، أقيم عليه الحد أم لا ، ولا يشترط تكرر ذلك ، بل لو فعل خصلة من الثلاث مرة واحدة . . كان عيباً ، وقيّده الغزالي بالاعتياد ، وسواء تاب الزاني وحسنت توبته أم لا ، وسواء كان صغيراً أم كبيراً وإن كان لا حدّ على الصغير ، لـٰكنه يتعود .

وإذا وقعت المخاصمة حالة الإباق لا رد قطعاً ولا أرش على الأصح خلافاً لمالك .

والخيانة كالسرقة واللواط ، وكونه يمكن من نفسه كالزنا .

ولو أبق في يد البائع مرة ثم أبق في يد المشتري أخرىٰ . . فالأصح أن له الرد مميزاً كان أو غيره ؛ لأن الإباق الثاني أثرُ الإباق الأول .

قال : (**وبوله في الفراش**) ذكراً كان أو أنثىٰ إلا أن يكون صغيراً لا يعد ذلك عيباً فيه ، فهـٰذا له شرطان : الاعتياد في الأصح والكبر .

وقيد البغوي الصغير بما دون سبع سنين ، والقاضي أبو الطيب وغيره بأن لا يكون مثله يحترز منه .

قال : (**وبَخَره**) أي : الناشىء من المعدة ، بخلاف الحاصل من القلح ؛ فإنه يزول بتنظيف الفم .

قال : (**وصنانه**) أي : المستحكم الذي يحتاج في دفعه إلىٰ علاج زائد على المعتاد .

ومن عيوب الرقيق : كونه نمّاماً ، أو ساحراً ، أو قاذفاً للمحصنات ، أو مقامراً ، أو تاركاً للصلاة ، أو شارباً للمسكر[1] ، وكونُه أعمىٰ ، أو أعور ، أو أعرج ، أو أصم ، أو أخرس ، أو مجذوماً ، أو أبرص ، أو أقرع ، أو مجنوناً ، أو أبله ، أو يأكل الطين ، أو أخفش ، أو أعشىٰ ، أو أخشم ، أو أفقم[2] ، أو له إصبع زائدة ، أو سن شاغية[3] ، أو مقلوع بعض الأسنان ، أو أبيض الشعر في غير أوانهما ، أو به نفخة طحال ، وجعل الروياني منها كونه أعسر .

وفصّل ابن الصلاح فقال : إن كان (أضبط) وهو : الذي يعمل بيمينه ويساره معاً . . فلا رد ؛ لأن ذلك زيادة في القوة ، وإن كان يعمل بيساره بدلاً عن يمينه . . فهو عيب .

ومن العيوب : كون الأمة لا تحيض في سن الحيض المعتاد .

قال : (**وجماح الدابة وعضها**) ؛ لأن ذلك يعده الناس عيباً ، وكذلك إذا كانت

---

(١) في هامش (ك) : (أي : محله : إذا كان مسلماً ، أما إذا كان كافراً . . فلا خيار) اهـ

(٢) في هامش (ج) : (الفقم : أن تتقدم الثنايا السفلىٰ فلا تقع على العليا) .

(٣) في هامش (ج) : (والشاغية : هي الزائدة على الأسنان ، وهي التي تخالف ثنيتها ثنية غيرها من الأسنان) .

وَكُلُّ مَا يَنْقُصُ ٱلْعَيْنَ أَوِ ٱلْقِيمَةَ نَقْصاً يَفُوتُ بِهِ غَرَضٌ صَحِيحٌ إِذَا غَلَبَ فِي جِنْسِ ٱلْمَبِيعِ عَدَمُهُ ، . . . .

(رموحاً) وهي : التي ترفس من دنا منها ، أو خشنة المشي بحيث يخاف منها السقوط .

و(الجماح) بكسر الجيم : امتناع الدابة علىٰ راكبها .

وشرط المتولي والروياني فيها : أن لا تنقاد إلا باجتماع الناس عليها .

ومن عيوبها : كونها تشرب لبن نفسها ، وقلة أكلها ، وكونها ترهب كل شيء تراه ، ونحو ذلك .

قال : (**وكل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه**) هـٰذا ضابط يُكتفىٰ به عن تفصيل العيوب ، فدخل في نقصان العين الخصاء وقد تقدم .

و(فوات الغرض) قيْد في نقصان العين خاصة ، واحترز به عما لو قطع قطعة يسيرة من ساقه أو فخذه واندملت بلا شين ، وعن الختان إذا اندمل .

ولو اشترىٰ عبداً فختنه ثم وجد به عيباً . . كان له الرد ؛ لأن الختان زيادة فضيلة ليس بعيب .

وقوله : (ينقص) هو علىٰ وزن يخرج ، هـٰذا هو الفصيح ، قال تعالىٰ : ﴿ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْـًٔا﴾ ، ويجوز فيه التشديد علىٰ قلة .

والتقييد بـ(الغلبة) راجع إلى القيمة والعين ، فأما في القيمة . . فاحترز به عن الثيابة في الأمة الكبيرة فلا رد بها ؛ لأنه ليس الغالب فيهن عدمها ، وأما في العين . . فاحترز به عن قلع الأسنان في الكبير ؛ فلا رد به كما تقدم .

فروع :

من العيوب : كون المكان ثقيل الخراج ، أو منزل الجند ، أو بقربه قصارون يؤذون بصوت دقهم ، وظهور مكتوب قديم يقتضي وقفيته ولم يثبت ، وكذلك شيوع الوقفية بين الناس ؛ لأنها تقتضي نقص القيمة .

وشق أذن الشاة إن منع الإجزاء في الأضحية . . كان عيباً ، وإلا . . فلا ، وينبغي أن يفرق بين ما يقصد بها الأضحية وغيرها[1] .

والحمل : جزم الشيخان هنا بأنه عيب في الجارية دون سائر الحيوان[2] ، وجزما في آخر الباب بأنه ليس بعيب فيهما ، وقالا في (الصداق) : إنه عيب فيهما ، وفصلا في (الزكاة) ، وفي (كفارة الإحرام) بينهما .

وإذا اختلفا في صفة هل هي عيب . . فالقول قول البائع ، فإن قال واحد من أهل الخبرة : إنه عيب . . رد به ، قاله البغوي والقاضي والفوراني واعتبر المتولي شهادة اثنين ، وبه أجاب القفال ، وهو القياس[3] ، وإذا ادعى البائع علم المشتري بالعيب . . فالقول قول المشتري .

قال : (**سواء قارن العقد أم حدث قبل القبض**) أما المقارن . . فبالإجماع كما تقدم ، وأما الحادث قبل القبض . . فلأن المبيع في تلك الحالة من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته .

هـٰذا إذا كان التعيب بآفة سماوية أو من البائع أو أجنبي ، فإن كان من المشتري . . فلا على الأصح كما سيأتي .

فلو حدث قبل القبض بسبب متقدم رضي به المشتري كما لو اشترىٰ بكراً مزوجة عالماً فأزال الزوج بكارتها قبل القبض . . قال الشيخ : لم أر فيها نقلاً ، والأقرب : القطع بأنه لا يوجب الرد لرضاه به[4] .

قاعدة :

العيب سبعة أقسام :

في البيع ما تقرر .

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا البحث ضعيف) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ حَدَثَ بَعْدَهُ . . فَلاَ خِيَارَ إِلاَّ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَىٰ سَبَبٍ مُتَقَدِّمٍ ، كَقَطْعِهِ بِجِنَايَةٍ سَابِقَةٍ فَيَثْبُتُ ٱلرَّدُّ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

وفي الكفارة ما أضر بالعمل إضراراً بيناً .

وفي الأضحية والهدي والعقيقة ما نقص اللحم .

وفي النكاح ما نفر عن الوطء ، وهو سبعة أشياء : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والجب ، والعنة ، والقرن ، والرتق .

وفي الصداق إذا طلق قبل الدخول ما فات به غرض صحيح سواء كان الغالب في أمثاله عدمه أم لا .

وفي الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في الأجرة .

وعيب الغرة كالمبيع .

وعيب الزكاة قيل : كالأضحية ، والأصح : كالبيع والموهوب بعوض .

وينبغي أن يزاد قسم ثامن وهو المرهون ، فالظاهر : أن عيبه ما نقص القيمة فقط .

قال : (**ولو حدث بعده**) أي : بعد القبض (. . **فلا خيار**) ؛ لأنه بالقبض صار من ضمانه ، وما رواه الحسن عن عقبة وسمرة رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث ليال »[١] وفي رواية : « أربع »[٢] ، فجوابه : أن الحسن لم يسمع من عقبة رضي الله عنه شيئاً ولا من سمرة رضي الله عنه إلا حديث العقيقة ، لا جرم قال أحمد : لم يثبت في العهدة حديث ، فإن حدث بعد القبض وقبل انقضاء الخيار . . كان الحكم كذلك .

قال : (**إلا أن يستند إلىٰ سبب متقدم ، كقطعه بجناية سابقة فيثبت الرد في الأصح**) نظراً إلىٰ سببه الذي استند إليه .

والثاني ـ وهو رأي ابن أبي هريرة ـ : لا يثبت فيه ؛ لأنه قد تسلط على التصرف فيه

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٢١) ، ومالك (٢/ ٦١٢) ، وأبو داوود (٣٥٠٠) ، وابن ماجه (٢٢٤٤) ، وغيرهم .

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٢١) ، وابن ماجه (٢٢٤٥) ، والبيهقي (٥/ ٣٢٣) .

بِخِلَافِ مَوْتِهِ بِمَرَضٍ سَابِقٍ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ قُتِلَ بِرِدَّةٍ سَابِقَةٍ . . ضَمِنَهُ ٱلْبَائِعُ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

بالقبض فيدخل المبيع في ضمانه أيضاً ، فعلىٰ هٰذا : يرجع بالأرش .

وصورة المسألة : أن يكون المشتري جاهلاً بالسبب ، فإن كان عالماً . . فلا رد ولا أرش ؛ لدخوله في العقد علىٰ بصيرة .

وقول المصنف : (متقدم) أي : على القبض ، سواء كان متقدماً على العقد أم لا .

وقوله : (بجناية) تدخل فيها السرقة وقطع يد الغير عدواناً ؛ فإن الحدود من أنواع الجنايات .

قال : (**بخلاف موته بمرض سابق في الأصح**) ؛ لأن المرض يتزايد فلا تتحقق إضافته إلى السابق فيكون من ضمان المشتري ، والخلاف في هٰذه المسألة طريقان :

أشهرهما : القطع بما ذكره وأنه من ضمان المشتري ، فلو عبر بالمذهب . . كان أولىٰ .

والطريقة الثانية : أنه على الوجهين الآتيين فيما إذا قتل بردة .

والخلاف في المرض المخوف ، أما غيره . . فلا ينسب الموت إليه .

والجراحة السارية كالمرض فيها الطريقان ، وكذا الحامل إذا ماتت من الطلق : وعلى الأصح : يتعين الأرش إن جَهِل السبب ، فإن كان عالماً به . . فلا شيء .

وعلى الثاني : ينفسخ البيع ويرجع بالثمن كله كما في القتل بردة سابقة .

قال : (**ولو قتل بردة سابقة . . ضمنه البائع في الأصح**) ؛ لأن التلف حصل بسبب كان في يده فأشبه ما إذا باع عبداً مغصوباً فأخذه المستحق منه ، فعلىٰ هٰذا : يرجع المشتري عليه بجميع الثمن .

والثاني : يضمنه المشتري ؛ لأن القبض سلطه على التصرف ولا يخفىٰ أن الكلام بعد القبض ، فإن كان قبله . . انفسخ البيع .

ومؤنة تجهيز هٰذا العبد تخرج على الخلاف :

وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ بَرَاءَتِهِ مِنَ ٱلْعُيُوبِ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَبْرَأُ عَنْ عَيْبٍ بَاطِنٍ بِٱلْحَيَوَانِ لَمْ يَعْلَمْهُ دُونَ غَيْرِهِ ، . . . .

فعلى الأول : هي على البائع .

وعلى الثاني : على المشتري .

هٰذا إذا لم يعلم بالردة ، فإن علم بها . . فالأصح : لا يرجع بشيء ولا ينفسخ البيع .

كل هٰذا تفريع علىٰ صحة بيع المرتد وهو المذهب ، والوجهان في هٰذه المسألة هما الوجهان المتقدمان في القطع بجناية أو سرقة ، لٰكن الحكم بكونه من ضمان البائع موجب هناك للرد وهنا لانفساخ البيع ، والرجوع بالثمن في الموضعين والحكم بكونه من ضمان المشتري موجب الرجوع بالأرش في الموضعين .

قال : (**ولو باع بشرط براءته من العيوب . . فالأظهر : أنه يبرأ عن عيب باطن بالحيوان لم يعلمه دون غيره**) استدل الشافعي رضي الله عنه لهٰذا الحكم بأمرين :

أحدهما : ما رواه مالك [٢/٦١٣] : (أن ابن عمر رضي الله عنهما باع غلاماً له بثمان مئة درهم وباعه بالبراءة ، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لي فاختصما إلىٰ عثمان بن عفان فقال : الرجل باعني عبداً وبه داء لم يسمه لي ، فقال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة ، فقضىٰ عثمان علىٰ عبد الله أن يحلف : لقد باعه العبد وما به داء يعلمه ، فأبىٰ عبد الله أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بألف وخمس مئة درهم) .

الأمر الثاني : أن الحيوان يغتذي بالصحة والسقم وتتحول طباعه ، وقل ما يخلو عن عيب ظاهر أو باطن ، فلو لم يقل بذلك . . أدىٰ إلىٰ أن لا يلزم بيع فيه أصلاً ، بخلاف غير الحيوان ، والشافعي رضي الله عنه قال هنا : قلته تقليداً لعثمان ، والمراد : أن قوله لَمّا انتشر . . وافق بعض الأقيسة وصار حجة .

والفرق بين المعلوم وغيره : أن كتمان المعلوم تلبيس فلا يبرأ منه ، والفرق بين الظاهر والباطن : أن الظاهر يسهل الاطلاع عليه ويعلم غالباً فأعطيناه حكم المعلوم وإن خفي علىٰ ندور ، فقول المصنف : (دون غيره) راجع إلى الثلاثة المذكورة فلا

يبرأ عن غير الباطن وهو الظاهر ، ولا عن غير الحيوان كالعقار والثياب ، ولا عن غير الذي لم يعلمه وهو المعلوم .

والقول الثاني : يبرأ مطلقاً ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « المؤمنون عند شروطهم »[1] .

فعلىٰ هـٰذا : إذا حدث عيب قبل القبض فله الرد به .

والثالث : لا يبرأ مطلقاً ؛ لأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينتفي بالشرط كسائر مقتضيات العقد ، فلو ادعىٰ أحدهما شرط البراءة وأنكره الآخر . . تحالفا .

تنبيهان :

أحدهما : حيث أبطلنا الشرط لا يبطل العقد في الأصح وإن كان علىٰ خلاف سائر الشروط المفسدة ؛ لاشتهار القضية بين الصحابة ، ومثله في عدم الإبطال بالشرط الفاسد ما سيأتي في (العمرىٰ والرقبىٰ) .

الثاني : لا يكفي في ذكر العيب أن يقول : هو معيب ، أو به جميع العيوب ، أو لا ضمان سوىٰ درك الحل كما يفعله كثير من الناس ، فلا بد من بيان العيب المعلوم .

قال الشيخ : وبعض الوراقين في زماننا يجعل بدل شرط البراءة : وأعلم البائع المشتري بأن بالمبيع جميع العيوب ورضي به ، وهـٰذا جهل ؛ لأنه كذب ولا يفيد ، لأن الصحيح : أن التسمية لا تكفي فيما يمكن معاينته ، فذكره مجملاً بهـٰذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية ، فالقياس : أنه لا يفيد[2] ، ومتىٰ وقع ذلك . . كان حكمه حكم شرط البراءة .

قال : (**وله مع هـٰذا الشرط الرد بعيب حدث قبل القبض**) ؛ لأن الأصل والظاهر : أنهما لم يريداه ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

---

(١) أخرجه البخاري في الإجارة ، باب : أجر السمرة ، تعليقاً ، والحاكم (٢/ ٤٩) ، والترمذي (١٣٥٢) ، وأبو داوود (٣٥٨٩) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ شَرَطَ ٱلْبَرَاءَةَ عَمَّا يَحْدُثُ . . لَمْ يَصِحَّ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ هَلَكَ ٱلْمَبِيعُ عِنْدَ ٱلْمُشْتَرِي أَوْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ عَلِمَ ٱلْعَيْبَ . . رَجَعَ بِٱلْأَرْشِ ، وَهُوَ : جُزْءٌ مِنْ ثَمَنِهِ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةُ مَا نَقَصَ ٱلْعَيْبُ مِنَ ٱلْقِيمَةِ لَوْ كَانَ سَلِيماً ، . . . .

قال : (**ولو شرط البراءة عمّا يحدث . . لم يصح في الأصح**) ؛ لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته .

والثاني : يصح بطريق التبع .

والثالث : إن أفرد ما لم يحدث . . لم يصح ، أو ضم إليه القديم . . صح تبعاً .

قال : (**ولو هلك المبيع عند المشتري أو أعتقه ثم علم العيب . . رجع بالأرش**) ؛ لامتناع الرد ، إذ لا مردود ، ولا يمكن إسقاط حق المشتري فرجعنا إلى الأرش ، وكذلك الوقف والاستيلاد ؛ لأنهما إتلاف حكمي ، اللهم إلا أن يكون العتق مشروطاً في البيع فأعتقه أو أعتق بالقرابة . . فوجهان في « الرافعي » من غير ترجيح ، ورجح الشيخ الرجوع بالأرش فيهما[1] .

ومحل ما قاله المصنف في حق عتق العبد المسلم ، أما الكافر . . فلا ؛ لأنه لم ييأس من رده ، فإنه قد يلتحق بدار الحرب فيسترق فيعود إلى الملك .

هٰذا إذا كان معتقه كافراً ، فإن كان مسلماً . . فالأصح : أنه لا يجوز استرقاقه[2] .

قال : (**وهو : جزء من ثمنه نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من القيمة لو كان سليماً**) عبارة « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » إلىٰ تمامها : ولا بد منه ؛ لأن النسبة لا بد لها من منسوب إليه وهي مذكورة هنا مرتين : فالأولىٰ : كاملة ، والثانية : ذكر فيها المنسوب فقط .

فقوله : (وهو) أي : الأرش (جزء من ثمنه) أي : من ثمن المبيع (نسبته إليه) أي : نسبة ذلك الجزء إلى الثمن (نسبة ما نقص العيب) أي : مثل نسبة ما نقصه

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (تبع فيه شيخه الإسنوي ، قال الولي العراقي : وفيه نظر ؛ فإنما ينظر إلىٰ ما يقع غالباً وهٰذا أمر نادر ، ويعرف مثله في الوقف بأن يستبدل عند من يراه فيصير ملكاً له ، ولا نظر إلى مثل ذلك ، والله أعلم ، وهو الأصح) .

العيب (لو كان سليماً) أي : لو كان المبيع سليماً .

مثاله : القيمة دون العيب مئة وبالعيب تسعون ، فالناقص بالعيب العُشر ، فينسب ذلك إلى الثمن ونوجب عشرة وهو الأرش ، فإن كان الثمن مئتين . . كان الأرش عشرين ، وإن كان خمسين . . كان خمسة .

وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن ؛ لأنه لو بقي كل المبيع عند البائع . . كان مضموناً عليه بالثمن ، فإن احتبس جزءاً منه . . كان مضموناً عليه بجزء من الثمن ، فالقيمة معيار لمعرفة نسبة الأرش من الثمن لا لانجبار عين ما نقص ؛ فإنه قد يستغرق الثمن في بعض الصور .

قال : (**والأصح : اعتبار أقل قيَمه من يوم البيع إلى القبض**) ؛ لأنه لو كان يوم البيع أكثر . . فما نقص مضمون على البائع ، وإن كان أقل . . فما زاد علىٰ ملك المشتري فلا يدخل في التقويم .

والطريق الثاني في المسألة ثلاثة أقوال :

أصحها : هـٰذا .

والثاني : أن الاعتبار بيوم العقد ؛ لأن الثمن قد قابل المبيع يومئذ .

والثالث : بقيمة يوم القبض ؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه فكان الصواب التعبير بالمذهب .

وقوله : (قيمه) يجوز أن يقرأ بالتنوين علىٰ أنه مفرد ، وأن يقرأ بفتح الياء وترك التنوين علىٰ أنه جمع .

ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن . . فهل يكون الأرش منسوباً إلىٰ كل الثمن أو إلى الباقي ؟ فيه وجهان[1] .

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : أوّلهما) .

وَلَوْ تَلِفَ ٱلثَّمَنُ دُونَ ٱلْمَبِيعِ . . رَدَّهُ وَأَخَذَ مِثْلَ ٱلثَّمَنِ أَوْ قِيمَتَهُ . وَلَوْ عَلِمَ ٱلْعَيْبَ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِهِ إِلَىٰ غَيْرِهِ . . فَلَاَ أَرْشَ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**ولو تلف الثمن دون المبيع . . رده**) أي : رد المبيع لوجوده خالياً من الموانع .

ولو كان الثمن باقياً لـٰكن امتنع نقله من شخص إلىٰ شخص بإعتاق أو كتابة أو استيلاد ، أو انتقل إلىٰ آخر ببيع أو غيره ، أو تعلق به حق لآخر كرهن وشفعة . . كان حكمه حكم التالف ، ولو زال وعاد . . فكالباقي على الأصح .

قال : (**وأخذ مثل الثمن أو قيمته**) المراد : مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً ؛ لأنه لو كان باقياً . . استحقه ، فإذا تلف . . ضمنه بذلك قياساً علىٰ غيره ، والمعتبر في القيمة : أقل ما كانت من يوم البيع إلى القبض .

هـٰذا في الثمن المعين ، أما المنقود عما في الذمة . . ففي تعينه بقبض المشتري وجهان : قال الشيخ : ينبغي أن يكون أصحهما : التعيين[1] ، ولم يفرقوا هنا بين أن ينقده في المجلس أو بعده ، والأول أولىٰ بالتعيين .

ولو اعتاض عن الثمن الذي في الذمة ثوباً ثم رد المبيع . . فالأصح : أنه لا يرجع بالثوب بل بالثمن ، وكذا لو تلف المبيع قبل قبضه . . رجع في الثمن دون الثوب على الأصح .

ولو أبرأه من جميعه . . جزم القاضي بجواز الرد ؛ للتخلص من عهدة المبيع[2] .

ولو وهب البائع المشتري الثمن . . فقيل : يمتنع الرد ، وقيل : يرد ويطالب ببدل الثمن[3] .

ولو تبرع أجنبي بالثمن فردت السلعة بعيب . . رد الثمن على المشتري في الأصح .

قال : (**ولو علم العيب بعد زوال ملكه إلىٰ غيره . . فلا أرش في الأصح**) ؛ لعدم اليأس من الرد ، وهـٰذه العلة عليها الأكثرون ، وعلله أبو إسحاق وابن الحداد

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (جزم به في « العباب »)

فَإِنْ عَادَ ٱلْمِلْكُ . . فَلَهُ ٱلرَّدُّ ، وَقِيلَ : إِنْ عَادَ بِغَيْرِ ٱلرَّدِّ بِعَيْبٍ . . فَلاَ رَدَّ . وَٱلرَّدُّ عَلَى ٱلْفَوْرِ ، . . . .

باستدراك الظُّلامة ؛ فإنه بالبيع غَبَنَ كما غُبِنَ .

وخرجوا على العلتين إذا زال بلا عوض :

فعلى الأصح : لا أرش .

وعلى الثاني : يجب كما لو مات .

وقال بعض الأصحاب : إن وهبه من ولده . . فلا أرش قطعاً ؛ لقدرته على ارتجاعه ، والأصح : أنها كالهبة من غيره .

قال : (**فإن عاد الملك . . فله الرد**) ؛ لزوال المانع .

قال : (**وقيل : إن عاد بغير الرد بعيب . . فلا رد**) قائل هـٰذا هو المعلل باستدراك الظلامة بالبيع ، فيقول هنا : ذلك الاستدراك قد زال فيما إذا عاد بالرد ولم يزل إذا عاد بغيره[١] .

قال : (**والرد على الفور**) ؛ لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المالك فكان على الفور كالشفعة ، فإذا أخره بلا عذر . . سقط .

واشتراط الفور محله في العقد على الأعيان ، أما الواجب في الذمة ببيع أو سلم إذا قبضه فوجده معيباً . . الأوجه : أنه لا يعتبر فيه الفور ؛ لأنه ليس معقوداً عليه[٢] ، وإنما يجب الفور فيما يؤدي رفعه إلىٰ رفع العقد ، فإن قال : لم أعلم أن لي الرد ، فإن قرب إسلامه أو نشأ ببادية بعيدة . . قبل منه[٣] ، وإلا . . فلا .

ولو قال : لم أعلم أنه على الفور . . قال الرافعي : يقبل ، وقال الغزالي والمصنف : إنما يقبل هنا وفي الشفعة ممن يخفىٰ عليه مثله[٤] .

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في (ز) : (بعيدة عن العلماء . . قبل منه) .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلْيُبَادِرْ عَلَى ٱلْعَادَةِ . فَلَوْ عَلِمَ وَهُوَ يُصَلِّي أَوْ يَأْكُلُ . . فَلَهُ تَأْخِيرُهُ حَتَّىٰ يَفْرُغَ ، أَوْ لَيْلاً . . فَحَتَّىٰ يُصْبِحَ . فَإِنْ كَانَ ٱلْبَائِعُ بِٱلْبَلَدِ . . رَدَّهُ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ أَوْ وَكِيلِهِ . . . . . .

وقال الشيخ : ينبغي أن يقبل ممن يخفىٰ عليه ومن مجهول الحال ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك العبد إذا أبق فإنما يرد بعد عوده كما تقدم ، ولا أرش في الحال في الأصح ، ولا يسقط رده بالتأخير قبل عوده .

قال : (**فليبادر على العادة**) فلا يكلف سرعة السير والركض والعدو ، ولا في وقت لم تجر العادة فيه بمثل ذلك ، فلو لقي البائع فسلم عليه . . لم يبطل رده على الصحيح[1] ، فإن أخذ في محادثته . . بطل .

قال : (**فلو علم وهو يصلي أو يأكل . . فله تأخيره حتىٰ يفرغ**) ؛ لأنه لا يعد بذلك مقصراً ، ولا فرق بين صلاة الفرض والنفل ، ولا بين الشرب والأكل ، وكذلك لو كان يقضي حاجة ، أو يشتغل بأسباب المسير إلى الخروج ولبس الثياب ، أو كان في الحمام كما سيأتي في (الشفعة) إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**أو ليلاً . . فحتىٰ يصبح**) ؛ لعدم التقصير .

قال ابن الرفعة وغيره : هـٰذا إذا لم يتمكن في الليل من الحاكم ولا الشهود[2] ، فإن تمكن . . فكالنهار ، وينبغي الجزم به إذا جمعهما بيت أو مسجد أو نحو ذلك[3] ، ولم يتعرضوا هنا لكون المطر أو الوحل الشديدين ونحوهما من الأعذار ، وقد تعرض المصنف في (باب الشفعة) للكلام على المبادرة أيضاً .

قال : (**فإن كان البائع بالبلد . . رده عليه**) ؛ لأنه الأصل ، سواء كان بائعاً عن نفسه أو عن غيره بوصاية أو ولاية ، وكذا بوكالة ، وله أن يرد على الموكل أيضاً إذا قلنا : إنه يطالب بالعهدة .

قال : (**بنفسه أو وكيله**) ؛ لأنه قائم مقامه هـٰذا إذا لم يحصل بالتوكيل تأخير .

---

(١) في (ز) : (على الأصح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

أَوْ عَلَىٰ وَكِيلِهِ ، وَلَوْ تَرَكَهُ وَرَفَعَ ٱلْأَمْرَ إِلَى ٱلْحَاكِمِ . . فَهُوَ آكَدُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِباً . . رَفَعَ إِلَى ٱلْحَاكِمِ . . . .

قال : (**أو علىٰ وكيله**) إن كان له وكيل ؛ لما قلناه .

قال : (**ولو تركه ورفع الأمر إلى الحاكم . . فهو آكد**) ؛ لأن المالك ربما أحوجه إلى المرافعة كما قيل [من المتقارب] :

رأى الأمـــر يفضـــي إلـــىٰ آخـــر فصيـــــــــر آخـــــــــره أولا

ومعنى الرفع إلى الحاكم تقريبه منه ، قاله الجوهري وغيره .

وقال الغزالي : يبدأ بالبائع ، فإن عجز . . أشهد ، فإن عجز . . فالحاكم .

ومقتضىٰ إطلاق المصنف والرافعي : أنه لا فرق في التخيير بين أن يكون الاطلاع بحضرة أحدهم أو في غيبة الجميع[(١)] .

وقال ابن الرفعة : إذا علم بحضور أحدهم . . فالتأخير لغيره تقصير وهو ظاهر ، ثم إذا أتى الحاكم . . لا يدعي : أن غريمه غائب عن المجلس وهو في البلد ، وإنما يفسخ بحضرته ثم يطلب غريمه .

قال الشيخ : وإذا قلنا : إن القاضي لا يقضي بعلمه . . فأي فائدة لفسخه بحضرته مع غيبة غريمه ؟ فلعل ما ذكروه مفرع على القضاء بالعلم .

قال : (**وإن كان غائباً . . رفع إلى الحاكم**) هـٰذا لا خلاف فيه ، وإطلاق الرافعي وغيره الغيبة يشمل قليل المسافة وكثيرها ، وتوقف فيه ابن الرفعة .

وكيفية الرفع إلى الحاكم : أن يدعي شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب وفسخ البيع ، ويقيم البينة علىٰ ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي [ويحلفه القاضي][(٢)] مع البينة[(٣)] ؛ لأنه قضاء علىٰ غائب ، ثم يأخذ

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) زيادة من هامش (ت) و« الروضة » (٣/ ٤٧٧) .

(٣) في هامش (ك) : (قال ذلك القاضي حسين ، ولا ينافي ما ذكراه في «باب البيع قبل القبض» عن صاحب « التتمة » وأقراه : أن للمشتري بعد الفسخ بالعيب حبس المبيع إلى استيفاء الثمن من البائع ؛ فإن القاضي ليس كالبائع كما هو ظاهر ، وسكوتهما على نصب مسخر ؛ للعلم بما=

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ يَلْزَمُهُ ٱلْإِشْهَادُ عَلَى ٱلْفَسْخِ إِنْ أَمْكَنَهُ حَتَّىٰ يُنْهِيَهُ إِلَى ٱلْبَائِعِ أَوِ ٱلْحَاكِمِ ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ ٱلْإِشْهَادِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ ٱلتَّلَفُّظُ بِٱلْفَسْخِ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ تَرْكُ ٱلِاسْتِعْمَالِ ، فَلَوِ ٱسْتَخْدَمَ ٱلْعَبْدَ أَوْ تَرَكَ عَلَى ٱلدَّابَّةِ سَرْجَهَا أَوْ إِكَافَهَا . . بَطَلَ حَقُّهُ ، . . . .

المبيع ويضعه عند عدل ويبقى الثمن ديناً على الغائب ، فيقضيه القاضي من ماله ، فإن لم يجد له سوى المبيع . . باعه فيه .

قال : (**والأصح : أنه يلزمه الإشهاد على الفسخ إن أمكنه حتىٰ ينهيه إلى البائع أو الحاكم**) ؛ لأنه المقدور عليه .

والثاني : لا يلزمه لأنه إذا كان طالباً للبائع أو الحاكم لا يعد مقصراً .

والمراد بـ(الإشهاد) : الإشهاد علىٰ طلب الفسخ كما اقتضاه كلام الرافعي في (الشفعة) .

ومقتضىٰ كلام الغزالي هنا : أنه علىٰ نفس الفسخ[1] ، قال : ويشهد اثنين ، قال ابن الرفعة : وهـٰذا علىٰ سبيل الاحتياط ؛ لأن الواحد مع اليمين كاف ، ثم إذا أشهد على الفسخ حتماً أو ندباً . . لم يحتج بعده إلىٰ إتيان حاكم ولا بائع إلا للمطالبة ، واختاره الشيخ ، لـٰكن قول المصنف : (حتىٰ ينهيه إلى البائع أو الحاكم) يأبىٰ ذلك ، ويقتضي : أن وجوب الذهاب بحاله .

قال : (**فإن عجز عن الإشهاد . . لم يلزمه التلفظ بالفسخ في الأصح**) ؛ لأن الكلام الذي يقصد به إعلام الغير يبعد إيجابه من غير سامع .

والثاني : يلزمه كما أن البيع لا يكون إلا بلفظٍ كذلك الفسخ ، ونقله المتولي عن عامة الأصحاب ، ويجريان في نظيره من الشفعة .

قال : (**ويشترط ترك الاستعمال ، فلو استخدم العبد أو ترك على الدابة سرجها أو إكافها . . بطل حقه**) ؛ لدلالة ذلك على الرضا .

= صححاه في محله : أنه لا يلزم الحاكم نصبه في سماع الدعوىٰ على الغائب كما سيأتي) .

(١) في هامش (ك) : (وهو المعتمد) .

وقيل : إن كان يسيراً كاسقني أو ناولني الثوب أو أغلق الباب . . فلا أثر له .

ولو خدمه العبد من غير أن يطلب ذلك منه لـٰكنه سكت . . فيظهر : أن لا يبطل حقه ، كما لا يحنث إذا حلف : لا يستخدمه[1] .

وقيل : لا يضر كل انتفاع حتىٰ وطء الثيب .

وقيل : كل انتفاع ما لم يدل على الرضا كلبس الثوب والوطء ، واختاره الشيخ .

و(الإكاف) : البرذعة .

وأما اللجام والعذار . . فيعذر في تركهما ، وكذا السرج إذا كان يضرها قلعه[2] ، ومحل ذلك : ما إذا لم يشترهما معاً ، فإن اشتراهما . . ردهما معاً[3] ، وللمشتري علفها وسقيها ، فلو وقفها ليحلبها . . بطل حقه .

قال : (**ويعذر في ركوب جموح يعسر سوقها وقودها**) ؛ للحاجة .

و(الجموح) : التي تَركب رأسَها فلا يردها اللجام .

وقيل : يعذر وإن لم يعسر .

هـٰذا إذا ركبها للرد أو السقي ، فإن ركبها استعمالاً . . بطل حقه على النص .

ولو علم العيب وهو راكب فاستدام[4] . . فكابتداء الركوب .

ولو علم عيب الثوب وهو لابسه في الطريق . . لم يلزمه نزعه[5] .

فروع :

مؤنة الرد على المشتري سواء تلفظ بالفسخ أم لا ؛ لأن يده يد ضمان قبل الفسخ وبعده كما إذا فسخ بخيار الشرط والتحالف والفلس . . فمؤنة الرد في الجميع عليه ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (كأن خاف عليها من برد ونحوه) .

(٣) في هامش (ك) : (أي : بأن يردهما وحدهما والدابة وحدها) .

(٤) في هامش (ج) : (لم يجز وإن توجه الرد) .

(٥) في هامش (ج) : (لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد ، قاله الماوردي) .

وَإِذَا سَقَطَ رَدُّهُ بِتَقْصِيرٍ . فَلاَ أَرْشَ . وَلَوْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ . . سَقَطَ ٱلرَّدُّ قَهْراً ،

هـٰذا هو المعروف المجزوم به[1] .

وفي « شرح المهذب » للعراقي : أنها بعد الفسخ على البائع ؛ لأنه عاد إلىٰ ملكه ، وهو غريب .

وينبغي أن يقال : إن كان البائع عالماً بالعيب وأخفاه . . فمؤنة الرد عليه ، وإلا . . فعلى المشتري[2] .

ومؤنة رد المرهون على الراهن ، ومؤنة تسليم الموصىٰ به إلى الموصىٰ له ، على الموصىٰ له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة فيه خلاف يأتي .

والصداق بعد التشطير أو الفسخ على الزوج ؛ لأنه أمانة في يدها ، هـٰكذا قاله القاضي ، والأصح : أنه مضمون عليها ، ثم المراد بالرد : الرد إلىٰ موضع التسليم .

ولو تراضيا على الرد بعوض . . لم يصح في الأصح ، ولا يسقط به حق الرد على الأصح .

ولو اختلفا في الثمن بعد الرد . . فالصحيح : أن القول قول البائع بيمينه .

ولو أبق قبل القبض فأجاز المشتري البيع ثم أراد الفسخ . . فله ذلك ما لم يعد إليه ، ذكره الرافعي في آخر (الإجارة) .

قال : (**وإذا سقط رده بتقصير . . فلا أرش**) ؛ لأنه إنما يعدل إليه للضرورة وهـٰذا مقصر .

قال : (**ولو حدث عنده عيب . . سقط الرد قهراً**) أي : القهري ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر .

نعم ؛ إذا كان العيب هو التزويج فقال الزوج : إن ردك المشتري بعيب فأنت طالق وكان ذلك قبل الدخول . . فله الرد لزوال المانع ، ولو كان التزويج من البائع . . كان كتعليق الطلاق على الرد ، ولو لم يعلم بالعيب القديم حتىٰ زال الحادث . . فله الرد في

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (ضعيف) .

ثُمَّ إِنْ رَضِيَ بِهِ ٱلْبَائِعُ . . رَدَّهُ ٱلْمُشْتَرِي أَوْ قَنِعَ بِهِ ، وَإِلاَّ . . فَلْيَضُمَّ ٱلْمُشْتَرِي أَرْشَ ٱلْحَادِثِ إِلَى ٱلْمَبِيعِ وَيَرُدَّ ، أَو يَغْرَمَ ٱلْبَائِعُ أَرْشَ ٱلْقَدِيمِ وَلاَ يَرُدَّ . فَإِنِ ٱتَّفَقَا عَلَىٰ أَحَدِهِمَا . . فَذَاكَ ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : إِجَابَةُ مَنْ طَلَبَ ٱلإِمْسَاكَ . . . .

الأصح وكأنه لم يكن ، ولو زال الحادث بعد أخذ أرش القديم . . فلا فسخ على المذهب ، ولو زال القديم قبل أخذ الأرش . . لم يأخذه في الأصح ، وبه جزم الشيخان ، ولو زال بعد أخذه . . رده على المذهب .

واحترز بقوله : (عنده) عما لو حدث قبل القبض ؛ فإنه لا يمنع الرد القهري .

قال : (**ثم إن رضي به البائع . . رده المشتري أو قنع به**) أي : بلا أرش ؛ لأن المانع من الرد وهو ضرر البائع قد زال برضاه فصار كما لو لم يحدث فيه عيب .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يرض به البائع معيباً (. . **فليضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ويرد ، أو يغرم البائع أرش القديم ولا يرد**) ؛ لأن كلاً من الأمرين فيه رعاية الجانبين وجمع بين المصلحتين .

قال : (**فإن اتفقا علىٰ أحدهما . . فذاك**) ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما .

قال : (**وإلا . . فالأصح : إجابة من طلب الإمساك**) سواء كان بائعاً أو مشترياً ؛ لما فيه من تقرير العقد وهو في هٰذه الحالة من طلب الرجوع بأرش العيب القديم .

والثاني : يجاب البائع مطلقاً .

والثالث : يجاب المشتري مطلقاً .

فروع :

الأول : اشترىٰ حلياً بجنسه ثم اطلع علىٰ عيب قديم . . فالأصح : يفسخ البيع ويرد الحلي مع أرش النقص الحادث ولا يلزم الربا ؛ لأن المقابلة بين الحلي والثمن وهما متماثلان .

الثاني : أنعل الدابة ثم علم بها عيباً قديماً ، فإن لم يعيبها نزعُ النعل . . فله نزعه والرد ، فإن لم ينزع . . لم يجب على البائع قبول النعل ، وإن كان النزع يعيب الحافر

وَيَجِبُ أَنْ يُعْلِمَ ٱلْمُشْتَرِي ٱلْبَائِعَ عَلَى ٱلْفَوْرِ بِٱلْحَادِثِ لِيَخْتَارَ . فَإِنْ أَخَّرَ إِعْلاَمَهُ بِلاَ عُذْرٍ . . فَلاَ رَدَّ وَلاَ أَرْشَ . وَلَوْ حَدَثَ عَيْبٌ لاَ يُعْرَفُ ٱلْقَدِيمُ إِلاَّ بِهِ كَكَسْرِ بَيْضٍ .

فنزع . . بطل حقه من الرد والأرش ، وإن ردها مع النعل . . أجبر البائع على القبول وليس للمشتري طلب قيمة النعل ، والأصح : أن ترك النعل إعراض ، فإذا سقط . . أخذه المشتري .

الثالث : كان الحادث صبغ الثوب وزادت به القيمة ، فأراد البائع إعطاء الأرش ، وأراد المشتري رد الثوب وأخذ قيمة الصبغ أو عكسه . . فالمجاب البائع على الأصح ، وكذلك حكم القصارة إن جعلناها عيناً ، وإلا . . فيرد الثوب ولا شيء له كالزيادة المتصلة .

قال : (**ويجب أن يعلم المشتري البائع على الفور بالحادث ليختار**) أي : هل يقبله بلا أرش أو لا ؟

قال : (**فإن أخر إعلامه بلا عذر . . فلا رد ولا أرش**) ؛ لتقصيره بترك الواجب ، اللهم إلا أن يكون الحادث قريب الزوال غالباً كالرمد والحمىٰ . . فلا يعتبر الفور علىٰ أحد القولين[1] ، بل له انتظار زواله ؛ ليرده سليماً عن العيب الحادث ، ولم يفرقوا هنا بين مدعي الجهل بفورية الإعلام بالعيب الحادث أم لا ، وينبغي أن لا يصدق في ذلك ، إلا أن يكون ممن يخفىٰ عليه مثله ، ولو علم العيب بعد رهنه . . فلا رد في الحال .

وأما الأرش ، فإن عللنا باليأس . . لم يرجع به ، وإلا . . رجع .

والإجارة كالرهن إن لم نجوز بيع المستأجر ، فإن جوزناه . . فكعيب يرجىٰ زواله .

قال : (**ولو حدث عيب لا يعرف القديم إلا به ككسر بيض**)[2] أي : بيض النعام ؛ لأن غيره لا قيمة له بعد الكسر فلا يتأتىٰ فيه الأرش .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (أي : ثَقْبه) .

وَرَانِجٍ ، وَتَقْوِيرِ بِطِّيخٍ مُدَوِّدٍ . . رَدَّ وَلاَ أَرْشَ عَلَيْهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . فَإِنْ أَمْكَنَ مَعْرِفَةُ ٱلْقَدِيمِ بِأَقَلَّ مِمَّا أَحْدَثَهُ . . فَكَسَائِرِ ٱلْعُيُوبِ ٱلْحَادِثَةِ . . . .

قال : (**ورانج**) هو : الجوز الهندي ، وهو بكسر النون ، وهو الشجرة الطيبة في القرآن ، وقيل : هي النخلة .

قال : (**وتقوير بطيخ مدود . . رد ولا أرش عليه في الأظهر**) ؛ لأن البائع سلطه علىٰ كسره وهو معذور في تعاطي ذلك لاستكشاف العيب .

والثاني : يرده ويرد معه الأرش رعاية للجانبين .

والثالث : لا يرد أصلاً كسائر العيوب الحادثة .

والبطيخ الأجود فيه كسر الباء ، وحكي فتحها ، وطبيخ بتقديم الطاء على الباء ، وهو : ما عدا الأخضر .

ومدوِّد ومسوِّس حيث ورد بكسر الواو .

قال : (**فإن أمكن معرفة القديم بأقل مما أحدثه . . فكسائر العيوب الحادثة**) ؛ لعدم احتياجه إلىٰ ذلك ، ومثله في « المحرر » بما إذا قور البطيخ الحامض وكان يمكنه الوقوف علىٰ حاله بغرز شيء فيه ، وفيه وجه ؛ لعسر التمييز ، وكذلك لو اشترط في الرمان الحلاوة فبان حامضاً بالغرز . . رد لا بالشق .

تتمة :

اشترىٰ ثوباً علىٰ أنه عشرة أذرع فخرج دونها أو فوقها . . ففي الصحة قولان : أظهرهما : يصح وللمشتري عند النقص الخيار ، فإن أجاز . . فبالقسط أو بالكل؟ فيه قولان : أظهرهما : الثاني ، وللبائع الخيار علىٰ قول الصحة في حال الزيادة على الأصح[1] ، فإن أجاز . . فالجميع للمشتري .

---

(١) في هامش (ك) : (معناه : أنه إن أجاز . . فبجميع الثمن ؛ ولا شيء له في نظير البعض ، وسببه : ورود العقد عليه) .

فَرْعٌ :

ٱشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ مَعِيبَيْنِ صَفْقَةً . . رَدَّهُمَا ، وَلَوْ ظَهَرَ عَيْبُ أَحَدِهِمَا . . رَدَّهُمَا لاَ ٱلْمَعِيبَ وَحْدَهُ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ عَبْدَ رَجُلَيْنِ مَعِيباً . . فَلَهُ رَدُّ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا ، وَلَوِ ٱشْتَرَيَاهُ . . فَلأَحَدِهِمَا ٱلرَّدُّ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

قال : (**فرع** :

اشترىٰ عبدين معيبين صفقة . . ردهما) بالاتفاق كالعين الواحدة ، فلو أراد إفراد أحدهما بالرد . . ففيه القولان الآتيان فيما إذا كان العيب بأحدهما .

قال : (**ولو ظهر عيب أحدهما . . ردهما**) ؛ لأنهما صفقة واحدة .

قال : (**لا المعيب وحده في الأظهر**) ؛ لما فيه من تفريق الصفقة على البائع من غير ضرورة .

والثاني : له ذلك ؛ لاختصاصه بالعيب .

وعلىٰ هـٰذا : يسترجع قسطه من الثمن قطعاً ؛ لأنه إن استرجع الجميع . . بقي الباقي في يده بلا مقابل ، وإن لم يسترجع شيئاً . . فلا فائدة في الرد .

وقال ابن الرفعة : قد تكون فائدته التخلص من عهدته .

وأفاد المصنف بتصوير المسألة بالعبدين : أن المبيع لو كان شيئاً واحداً كدار أو عبد وأراد رد بعضه . . لم يكن له ذلك ، اللهم إلا أن يكون باع البعض من البائع . . فله رده عليه كما صرح به القاضي حسين[1] .

قال : (**ولو اشترىٰ عبد رجلين معيباً . . فله رد نصيب أحدهما**) ؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع .

هـٰذا إذا اشتراه منهما ، فإن اشتراه من وكيلهما . . جاء الخلاف في أن العبرة بالوكيل أو الموكل .

قال : (**ولو اشترياه . . فلأحدهما الرد في الأظهر**) وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف ومحمد ، ومنه أخذ : أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري وهو الأصح ، وكان

---

(١) في هامش (ك) : (والأصح خلافه) .

الأحسن أن يقول : في الجديد ؛ لأن الثاني وجه قديم مرجوع عنه ، وبه قال أبو حنيفة : إنه ليس له الانفراد بالرد ، ومنه أخذ وجه : أن الصفقة متحدة .

والمراد : إذا اشترى اثنان عبداً من رجل ، وهي مسألة « المحرر » .

لـٰكن عبارته تقتضي شراء اثنين عبداً من اثنين حتىٰ يكون في معنىٰ أربعة عقود ، فيكون كل منهما مشترياً ربعاً من هـٰذا وربعاً من هـٰذا حتىٰ يرد علىٰ من شاء منهما الربع أو النصف ؛ لأن ضمير (اشترياه) يعود علىٰ عبد رجلين ، وهي مسألة صحيحة لم يردها .

وبالجملة : للواحد الرد ؛ لأنه يرد جميع ما يملك .

والثاني ليس له الرد ؛ بناء علىٰ أنها لا تتعدد بتعدد المشتري .

قال : (**ولو اختلفا في قدم العيب . . صدق البائع**) ؛ لأن الأصل لزوم العقد وعدم المقتضي للرد ، أما إذا قطعنا بما ادعاه أحدهما . . فهو المصدق ، ولا يخفىٰ أن هـٰذا في عيب يمكن حدوثه كالعمىٰ ، فإن كان مما لا يمكن ، كإصبع زائدة ، وشين الشجة المندملة ، وقد جرى البيع أمس . . فإن القول قول المشتري ، وإن لم يحتمل تقدمه كجراحة طرية وقد جرى البيع والقبض من سنة . . فالقول قول البائع من غير يمين .

وصورة مسألة الكتاب : أن يدعي البائع حدوث هـٰذا العيب فلا رد ويدعي المشتري قِدَمه ليرد .

فلو عكسا ، وذلك يظهر في صورة البيع بشرط البراءة فيدعي المشتري الحدوث قبل القبض ليرد به ؛ فإنه لا يبرأ منه ، ويدعي البائع قِدَمه . . فالظاهر : تصديق البائع أيضاً[1] ، وقيل : المشتري .

فرع :

ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع فاعترف بأحدهما وادعىٰ حدوث الآخر في يد المشتري . . فالقول قول المشتري ؛ لأن الرد يثبت بإقرار البائع بأحدهما فلا يبطل

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

بِيَمِينِهِ عَلَىٰ حَسَبِ جَوَابِهِ . وَٱلزِّيَادَةُ ٱلْمُتَّصِلَةُ كَٱلسِّمَنِ تَتْبَعُ ٱلأَصْلَ ، وَٱلْمُنْفَصِلَةُ كَٱلْوَلَدِ وَٱلأُجْرَةِ لاَ تَمْنَعُ ٱلرَّدَّ ، . . . .

بالشك ، قاله ابن القطان في « المطارحات » ، وهو كذلك في « شرح الوسيط » لابن الأستاذ أيضاً ، وحكىٰ أن الشافعي رضي الله عنه أجاب فيها كذلك ، ثم قال : وهو ظاهر متجه .

قال : (**بيمينه**) ؛ لاحتمال صدق المشتري .

قال : (**علىٰ حسب جوابه**) فإن أجاب بـ(لا رد لك بهـٰذا) أو (لا يلزمني) . . حلف كذلك ، وإن أجاب بـ(ما بعته إلا سليماً) أو (ما أقبضته إلا سليماً) . . حلف كذلك ، وتكون يمينه على البت إذا اعتبر العبد وعلم خفايا أمره ، أو اعتمد علىٰ أن الظاهر السلامة .

و(حَسَب) معناه : المثل ، وهي بفتح السين ، وتسكن في الشِّعر .

قال : (**والزيادة المتصلة كالسمن تتبع الأصل**) ؛ لعدم إمكان إفرادها سواء كان ذلك في الثمن أو المثمن ، وتعلم الحرفة كالسمن .

والكلام هنا في الزيادة المحضة ، فلو كان غزلاً فنسجه ثم رأىٰ به عيباً قديماً . . فله الأرش ، فإن رضي البائع بعيبه . . فقولان :

أحدهما : يخير المشتري بين رده منسوجاً ولا أجرة له وبين إمساكه معيباً ؛ لأن النسج أثر لا عين .

والثاني[1] ـ وصححه الروياني ـ : يخير البائع بين بذل أجرة النسج وأخذه أو غرامة الأرش ؛ لأن النسج عمل يقابل بعوض .

قال : (**والمنفصلة كالولد والأجرة لا تمنع الرد**) عملاً بمقتضى العيب ، وخالف أبو حنيفة في الولد ونحوه كالثمرة ووافقنا في الأجرة ، فذكرهما المصنف ليقاس أحدهما على الآخر ، ولينص علىٰ : أنه لا فرق بين ما هو من نفس المبيع وغيره .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأظهر) .

وَهِيَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ رَدَّ بَعْدَ ٱلْقَبْضِ ، وَكَذَا قَبْلَهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ بَاعَهَا حَامِلاً فَٱنْفَصَلَ . . رَدَّهُ مَعَهَا فِي ٱلْأَظْهَرِ . . . .

قال : (**وهي للمشتري إن رد بعد القبض**) ؛ لما روىٰ أبو داوود والترمذي والحاكم وابن حبان بإسناد حسن عن عائشة رضي الله عنها : أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله ؛ قد استعمل غلامي ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » قال الترمذي : والعمل علىٰ هـٰذا عند أهل العلم .

فمعنى الحديث : أن ما يخرج من المبيع من فائدة وغلة تكون للمشتري في مقابلة أنه لو تلف . . لكان من ضمانه .

وخالف في ذلك مالك فقال : يرد الزيادة التي من جنس الأصل مع الأصل كالولد ، بخلاف الكسب .

ولا خلاف عندنا : أن الزوائد لا ترد في هـٰذه الحالة .

قال : (**وكذا قبله في الأصح**) تفريع علىٰ أن الفسخ يرفع العقد من حينه وهو الصحيح ؛ لأنه لو أعتق الجارية التي اشتراها بعبد ثم رد العبد . . لم يبطل العتق .

والثاني : أنها للبائع بناء علىٰ أنه رفع له من أصله ؛ لأن الملك قبل القبض ضعيف ، أما الإقالة . . فترفع العقد من حينه بلا خلاف .

قال : (**ولو باعها حاملاً فانفصل . . رده معها في الأظهر**) بناء علىٰ أن الحمل يعلم ويقابله قسط من الثمن .

والثاني : لا بناء علىٰ مقابله .

ومحل ما ذكره المصنف : إذا لم ينقصها الوضع ، فإن نقصها . . فأطلق الرافعي امتناع ردها[1] .

ولو اشترىٰ جارية أو بهيمة حائلاً فحملت عنده ثم اطلع علىٰ عيب ، فإن نقصت بالحمل . . فلا رد ، وإن لم تنقص . . فله الرد .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : إذا كان عالماً بحملها) .

وَلَا يَمْنَعُ ٱلرَّدَّ ٱلِاسْتِخْدَامُ وَوَطْءُ ٱلثَّيِّبِ . وَٱفْتِضَاضُ ٱلْبِكْرِ بَعْدَ ٱلْقَبْضِ نَقْصٌ حَدَثَ ، وَقَبْلَهُ جِنَايَةٌ عَلَى ٱلْمَبِيعِ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ . ...

وأما الولد.. فصحح الشيخان هنا أنه يبقىٰ للمشتري يأخذه إذا انفصل[1] ، وصححا في (باب الفلس) : أنه تابع للأم ، وصوبه في « المهمات » .

أما إذا ولدت الأمة عنده ثم علم العيب قبل سن التفريق وتمكن من الرد.. فالأصح : أنه لا يرد الأم دون الولد ؛ لما فيه من التفريق ، كذا جزم به الجرجاني ، ويشهد له ما سيأتي في (الرهن) من : أنهما يباعان معاً ولا يفرق .

قال : (**ولا يمنع الرد الاستخدام**) بالإجماع .

قال : (**ووطء الثيب**) قياساً عليه ، وخالف فيه أبو حنيفة ، ومراد المصنف : وطء المشتري أو الزوج إذا كانت مزوجة ، أما وطء غيره إذا كانت زانية.. فإنه عيب حادث .

وشملت عبارته : ما إذا عرف عيب الجارية التي اشتراها من أبيه أو ابنه بعد وطئها وهي ثيب.. فإن ذلك لا يمنعه من الرد وإن حرمت على البائع ، وكذلك لو كانت الجارية رضيعة فأرضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم عرف بها عيباً.. فله ردها عليه .

قال : (**وافتضاض البكر بعد القبض نقص حدث**) فيكون مانعاً للرد كسائر العيوب الحادثة ، ولا فرق بين أن يكون بوطء البائع أو المشتري أو أجنبي بآلة الافتضاض أو غيرها .

قال : (**وقبله جناية على المبيع قبل القبض**) فيفرق بين الأجنبي والبائع والمشتري والآفة السماوية .

تتمة :

من علم بالسلعة عيباً.. لم يحل له أن يبيعها حتىٰ يبينه ، وإن علم غير البائع بالعيب.. لزمه أيضاً أن يبينه لمن يشتريه ، وشذ المحاملي والجرجاني فقالا : إن ذلك مستحب .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال الشيخ : وهٰذا لا أعلم أحداً ممن له علم قال به ، والأحاديث الصحيحة الصريحة ترده ، وكلام جميع الأصحاب مصرح بخلافه سواء كان المشتري مسلماً أو ذمياً .

وضابط ما يحرم كتمانه : ما يثبت به الخيار ، وما لا . . فلا كذكر القيمة ، قاله الإمام ، فإن باع ولم يبينها . . صح البيع .

قال : (**فصل** :

التصرية حرام) (التصرية) : الجمع ، يقال : صرى الماء في الحوض تصرية : إذا جمعه .

و(المصراة) : البهيمة التي تربط أخلافها ليجتمع لبن كثير فيتوهم أن عادتها كذلك ، وهٰذا الفعل حرام ؛ للتدليس ، وكذلك البيع .

قال صلى الله عليه وسلم : « بيع المحفلات خلابة ولا تحل خلابة مسلم »[1] ذكره عبد الحق .

وإطلاق المصنف يقتضي : أنه لا فرق بين أن يقصد البيع أم لا ، وهو كذلك ، كما صرح به المتولي ، وعلله بإضراره بالحيوان .

قال : (**تُثبت الخيار**) ؛ لما روى الشيخان [خ ٢١٤٨ـ م ١٥١٥/١١] عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك . . فهو بخير النظرين : إن رضيها . . أمسكها ، وإن سخطها . . ردها وصاعاً من تمر » .

ووافقنا علىٰ ثبوت الخيار بذلك مالك وأحمد ، وخالف أبو حنيفة فقال : لا خيار بها ، وتأوّل الحديث .

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤١) ، وأحمد (١/٤٣٣) ، والطيالسي (٢٩٢) ، والبيهقي (٥/٣١٧) ، وغيرهم .

عَلَى ٱلْفَوْرِ، وَقِيلَ: يَمْتَدُّ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ. فَإِنْ رَدَّ بَعْدَ تَلَفِ ٱللَّبَنِ.. رَدَّ مَعَهَا صَاعَ تَمْرٍ،

قال: (**على الفور**) كالرد بالعيب، فلو ترك الحلب ناسياً أو لشغل أو تحفلت بنفسها.. ففي ثبوت الخيار وجهان في « الشرح » و« الروضة »: المذكور منهما في « الحاوي الصغير »: أنه لا يثبت[1].

قال: (**وقيل: يمتد ثلاثة أيام**)؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: « وهو بالخيار ثلاثة أيام » رواه مسلم، وهـٰذا الذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه صريحاً، وقال به أكثر الأصحاب، واختاره الشيخ، وهو الحق.

وقال الشيخ تقي الدين القشيري[2]: إنه الصواب.

ثم هل ابتداؤها من العقد أو التفرق؟ فيه الوجهان في خيار الشرط.

ومقتضىٰ هـٰذا: أنها من العقد على الأصح.

وقال ابن المنذر: ابتداؤها من الحلب.

ثم في علة هـٰذا الخيار وجهان:

أحدهما: تدليس البائع.

والثاني: ضرر المشتري لإخلاف ما ظنه.

ويظهر أثرهما فيما لو تحفلت بنفسها.

وشملت عبارة المصنف: ما إذا اشترىٰ مصراة ثم در اللبن علىٰ ما أشعرت التصرية به عليه واستمر، وفي الرد بذلك وجهان: أصحهما: نعم، وجزم به البغوي، وهما مأخوذان من القولين في الأمة إذا عتقت تحت عبد ولم تعلم حتىٰ عتق، وشبيهان بالوجهين فيما إذا اشترىٰ معيباً ولم يعلم بالعيب حتىٰ زال.

قال: (**فإن رد بعد تلف اللبن.. رد معها صاع تمر**)؛ للحديث، لـٰكن يستثنىٰ من هـٰذا: ما إذا تراضيا بغير التمر من قوت أو غيره، أو علىٰ رد اللبن المحلوب عند

---

(1) في هامش (ت): (رجح الأذرعي رحمه الله تعالىٰ ثبوت الخيار في المتصرية بنفسها، وقال: إنه قضية نص « الأم »).

(2) هو الإمام ابن دقيق العيد رحمه الله تعالىٰ.

بقائه ؛ فإنه يجوز بلا خلاف كما قاله البغوي وغيره ، خلافاً لابن المنذر ؛ فإنه منع إبدال التمر باللبن ؛ لأنه بيع ذلك الطعام قبل قبضه ، وذكر ابن كَج وجهين في جواز إبدال التمر باللبن إذا تراضيا .

والواجب في التمر : أن يكون من التمر الوسط ، فإن فقد . . فقيمته ، قيل : بالمدينة ، وقيل : بأقرب بلد إليه .

وشملت عبارته : ما إذا اشتراها بصاع من تمر ؛ فإنه يردها ويرد معها صاعاً من تمر ، وليس ذلك رباً ؛ لأن هـٰذا فسخ ، لـٰكنه سوء تدبير ، ولذلك قال الشيخ : إنه لا يمتنع[1] .

تنبيه :

تبع المصنف في التقييد بـ(تلف اللبن) « المحرر » ، وفي ذلك نظر ؛ فإنه وإن كان موجوداً فله إمساكه ورد الصاع ، وليس للبائع إجباره علىٰ رده ؛ لأن ما حدث منه بعد البيع ملكه ولا يتميز ، وليس للمشتري رده على البائع قهراً في الأصح ؛ لذهاب طراوته ، أما إذا حمض . . فكالتالف .

فرع :

إذا تعددت الشياه المصراة . . لا نقل فيها عند أصحابنا ، لـٰكن نقل ابن قدامة الحنبلي عن نص الشافعي تعدد الصاع بعددها[2] ، وهو منقاس ، وفيه عند المالكية خلاف ، وإلىٰ عدم التعدد ذهب ابن حزم ، وزعم ابن الرفعة : أنه ظاهر الحديث ، وإليه مال أبو عمر بن عبد البر .

قال : (**وقيل : يكفي صاع قوت**) ولو وجد التمر ؛ لأنه ورد صاع تمر أو صاع قوت أو صاع من طعام .

---

(١) في غير (ج) : (إنه يمتنع) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلصَّاعَ لاَ يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ ٱللَّبَنِ ، وَأَنَّ خِيَارَهَا لاَ يَخْتَصُّ بِٱلنَّعَمِ بَلْ يَعُمُّ كُلَّ مَأْكُولٍ وَٱلْجَارِيَةَ وَٱلأَتَانَ ، وَلاَ يَرُدُّ مَعَهُمَا شَيْئاً ، وَفِي ٱلْجَارِيَةِ وَجْهٌ .

فعلىٰ هـٰذا : يعتبر غالب قوت البلد كالفطرة ، فيتخير الراد بينها .

قال الإمام : لا يتعدىٰ إلى الأقط ، بخلاف صدقة الفطر .

قال : (**والأصح : أن الصاع لا يختلف بكثرة اللبن**) ؛ لإطلاق الخبر وقطعاً للنزاع .

والثاني : يتقيد بقدره ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٤٣٩] : « ومثل أو مثلي لبنها قمحاً » .

وعلىٰ هـٰذا : فقد يزيد الواجب على الصاع وقد ينقص ؛ لأنه سوّىٰ بين الإبل والبقر والغنم في ذلك مع اختلاف ألبانها .

قال : (**وأن خيارها لا يختص بالنعم بل يعم كل مأكول والجارية والأتان**) ؛ لأن في رواية أبي داوود : « من اشترىٰ محفلة » .

والثاني : يختص بالنعم ؛ لأن ما عداها لا يقصد لبنه إلا نادراً .

و(الأتان) بالتاء المثناة : الأنثىٰ من الحمر الأهلية ، ولا يقال : أتانة ، والجمع : أُتُنٌ وأُتْنٌ .

قال : (**ولا يرد معهما شيئاً**) ؛ لأن لبنها لا يقابل بالأعواض غالباً ، ولأن لبن الأتان نجس .

قال : (**وفي الجارية وجه**) : أنه يرد معها صاع تمر لطهارته والانتفاع به ، ومفهوم كلامه : أن الوجه لا يجري في الأتان ، وطرده الإصطخري فيها ، وهو تفريع منه علىٰ رأيه في أن لبن الأتان طاهر يحل أكله وشربه ، وأما غير المصراة إذا حلبها ثم ردها بعيب.. فلا يرد معها شيئاً[١] ، قاله الشافعي رضي الله عنه في مناظرة محمد بن الحسن .

---

(١) في هامش (ك) (الأصح : أنه يرد بدل اللبن كالمصراة كما في « التهذيب » ، وبه جزم صاحب « الأنوار ») .

وَحَبْسُ مَاءِ ٱلْقَنَاةِ وَٱلرَّحَى ٱلْمُرْسَلِ عِنْدَ ٱلْبَيْعِ ، وَتَحْمِيرُ ٱلْوَجْهِ ، وَتَسْوِيدُ ٱلشَّعْرِ وَتَجْعِيدُهُ يُثْبِتُ ٱلْخِيَارَ ، لاَ لَطْخُ ثَوْبِهِ تَخْيِيلاً لِكِتَابَتِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**وحبس ماء القناة والرحى المرسل عند البيع ، وتحمير الوجه ، وتسويد الشعر وتجعيده يثبت الخيار**) ؛ قياساً على التصرية ؛ لأن في ذلك غشاً وخديعة ، ولا بد أن يكون ذلك بحيث لا يظهر لغالب الناس أنه مصبوغ حتىٰ لا ينسب المشتري إلىٰ تقصير ، وأن يكون بفعل البائع أو غيره بإذنه ، فإن حصل بلا صنع . . فكما لو تحفلت بنفسها .

والمراد : التجعيد المحبوب لا المفلفل كشعر السودان ؛ لأن الجعودة تدل علىٰ قوة البدن والسبوطة علىٰ ضعفه .

قال : (**لا لطخ ثوبه تخييلاً لكتابته في الأصح**) ؛ لتقصير المشتري بعدم الامتحان أو السؤال عنه[1] .

والثاني : نعم ؛ للتلبيس .

تتمة :

الخلاف جار فيما إذا ألبسه ثوب الكتبة أو ثياب الخبازين وغيرهم من الصنائع ، وفي علف الدابة حتىٰ ينتفخ بطنها فتظن حاملاً ، وفي إرسال الزنبور علىٰ ضرعها فتظن لبوناً ، فلو كان علىٰ ثوبه لطخة مداد . . لم يثبت الخيار بذلك قطعاً .

* * *

خاتمة

اشترىٰ شاة وشرط أنها تحلب كل يوم خمسة أرطال مثلاً . . فوجهان في « المهذب » و« العدة » و« البحر » :

أصحهما ـ وبه جزم الرافعي في (باب المناهي) ـ : البطلان .

والثاني : يصح ، فإذا أخلف . . ثبت الخيار .

* * *

---

(١) اكتفاءً بظنه أنه محسن للكتابة .

بابٌ

ٱلْمَبِيعُ قَبْلَ قَبْضِهِ مِنْ ضَمَانِ ٱلْبَائِعِ . فَإِنْ تَلِفَ . . ٱنْفَسَخَ ٱلْبَيْعُ وَسَقَطَ ٱلثَّمَنُ ،

باب

قال : (**المبيع قبل قبضه من ضمان البائع**) ؛ لبقاء سلطنته عليه ، فينفسخ بتلفه ويثبت الخيار بتعيبه ، ولا يكون من ضمان المشتري ؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن، رواه الحاكم [٢/ ١٧] والأربعة[١] وابن حبان [٤٣٢١] .

وقال مالك وأحمد وأبو ثور وابن المنذر : إنه من ضمان المشتري ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » وقد تقدم قريباً : أنه حسن .

وجوابه : أن (الألف واللام) في الخراج للعهد ، وهو خراج المردود بعيب .

لكن يستثنىٰ : ما إذا اشترىٰ أمة فوطئها أبو المشتري قبل القبض وأحبلها ثم ماتت . . فإنها تتلف من ضمان المشتري ؛ لأنها بالعلوق يقدر انتقالها إلىٰ ملك الأب .

وإذا اشترى السيد من مكاتبه شيئاً ثم عجَّز نفسه قبل قبض السيد العين المبيعة .

وإذا اشترى الوارث من مورثه عيناً ثم مات المورث قبل القبض .

ثم إطلاق المصنف : أن الضمان على البائع يشمل : ما إذا عرضه عليه فامتنع من قبوله ، وهو الذي قاله الرافعي في أوائل (الصداق) ، لكن لو وضعه بين يديه عند امتناعه . . برىء من ضمانه على الصحيح كما سيأتي .

قال : (**فإن تلف**) أي : بآفة سماوية (. . **انفسخ البيع وسقط الثمن**) ؛ لأنه قبض مستحق بالبيع ، فإذا تعذر . . انفسخ البيع كما إذا تفرقا في عقد الصرف قبل التقابض .

ولو كان الثمن ديناً على البائع . . ففي عوده عليه وجهان : أصحهما : العود ، كذا قاله الرافعي في (كتاب الأضحية) .

---

(١) أبو داوود (٣٤٩٨) ، والترمذي (١٢٣٤) ، والنسائي (٧/ ٢٩٥) ، وابن ماجه (٢١٨٨) .

وَلَوْ أَبْرَأَهُ ٱلْمُشْتَرِي عَنِ ٱلضَّمَانِ . . لَمْ يَبْرَأْ فِي ٱلأَظْهَرِ وَلَمْ يَتَغَيَّرِ ٱلْحُكْمُ . وَإِتْلاَفُ ٱلْمُشْتَرِي قَبْضٌ إِنْ عَلِمَ ، . . . .

والمراد بـ(الانفساخ) : عود ملكه إلى البائع قبيله ، وقيل : يرتفع من أصله وينبني عليهما الزوائد الحادثة من المبيع في يد البائع كالولد والبيض واللبن والكسب ، والأصح : أنها للمشتري وتكون أمانة في يد البائع .

وفي معنى الزوائد : ما وهب من العبد فقبله وقبضه ، وما صار إليه بوصية ، وكذلك الحكم في مؤنة تجهيز العبد إذا مات .

ويقوم مقام التلف وقوع الجوهرة في البحر ، وانفلات الطير والصيد المتوحش .

ولو غصب المبيع أو ضاع أو أبق أو جحده البائع . . ثبت الخيار .

وانقلاب العصير خمراً كالتلف على الصحيح .

ولو ادعى البائع تلف المبيع عنده . . قبل قوله على الصحيح .

قال : (**ولو أبرأه المشتري عن الضمان . . لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم**) ؛ لأنه إبراء عما لم يجب .

والثاني : يبرأ لوجود السبب ، فصار كما لو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب وسيأتي في (الرهن) .

قال الشيخ : والذي أقطع به : أنه لو جرىٰ مثل ذلك في الصرف . . لم يسقط اشتراط التقابض ؛ فإنه لحق الله تعالىٰ ، ولتحقق عدم الربا ، فلا يتمكن العاقدان من إسقاطه .

فقوله : (ولم يتغير الحكم) لا فائدة له مع قوله : (لم يبرأ) ، لـٰكن أتىٰ به علىٰ جهة التأكيد .

قال : (**وإتلاف المشتري قبضٌ إن علم**) أي : إن علم أنه المبيع ، كما لو أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب ، وقيل : ينفسخ البيع .

هـٰذا في الإتلاف بغير العتق ، أما بالإعتاق . . فسيأتي .

لـٰكن يستثنىٰ منه : ما لو قتله لصياله عليه ، فالأصح : أنه ليس قبضاً .

. . . .

وما إذا ارتد وكان المشتري الإمام فقتله بردته[1] ، فلو كان المشتري غيره . . كان قتله قبضاً .

والقياس في تارك الصلاة وقاطع الطريق والزاني المحصن : أن يكون كالمرتد[2] ، ويتصور في الكافر إذا زنا ثم لحق بدار الحرب فاسترق .

فروع :

أتلف المشتري بعض المبيع في يد البائع . . جعل كالقابض له إن كان مما يتقسط الثمن عليه كأحد العبدين .

ولو قطع يد العبد ثم مات عند البائع بآفة سماوية . . فالأصح : أنه يلزم المشتري جزء من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته .

ولو أتلف المشتري والبائع المبيع . . لزم البيع في نصفه المقابل لجناية المشتري ، وأما النصف الآخر . . فيعلم حكمه من جناية البائع .

وإتلاف بهيمة المشتري إن كان معها كإتلافه[3] ، وإن لم يكن معها ؛ فإن كان بالنهار . . انفسخ البيع ؛ لتفريط البائع ، وإن كان بالليل . . ثبت الخيار ؛ لتفريط المشتري ، فإن فسخ . . طالبه بالقيمة .

وإتلاف بهيمة البائع كالآفة ، هـٰكذا قاله القفال[4] ، قيل له : هلا فرق فيها بين الليل والنهار ؟ قال : هـٰذا موضع التروي ؛ يعني : تروي الفقيه في طلب الفرق .

---

(١) في هامش (ك) : (أو مرَّ بين يديه وهو يصلي ، أو قتله قصاصاً عن نفسه أو عن غيره وكان هو الإمام) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (فيكون قبضاً ليلاً كان أو نهاراً ؛ لأنه منسوب إليه كما قاله ابن الرفعة ، وهو الأوجه وإن رده شيخ الإسلام في « شرح الروض » [٢/٨٠]) .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِلاَّ . . فَقَوْلاَنِ كَأَكْلِ ٱلْمَالِكِ طَعَامَهُ ٱلْمَغْصُوبَ ضَيْفاً . وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّ إِتْلاَفَ ٱلْبَائِعِ كَتَلَفِهِ . . . .

وإتلاف الأعجمي والصبي الذي لا يميز بأمر المشتري أو البائع كإتلافهما[1] ، وإتلاف المميز بأمرهما كإتلاف الأجنبي .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يعلم (. . **فقولان كأكل المالك طعامه المغصوب ضيفاً**)[2] هما في المغصوب قولان : أصحهما : يبرأ لمباشرة المالك الإتلاف ، وهنا وجهان : ومقتضى البناء : مصيره قابضاً في الأصح[3] .

وعلى الثاني : يكون كما لو أتلفه البائع إن كان البائع هو المقدم له ، وإن كان أجنبياً بغير إذن البائع . . فينبغي أن يكون كإتلاف الأجنبي ، وإن لم يكن بتقديم أحد . . فينبغي أن يكون كالآفة .

فرع :

لو وطئها المشتري لم يصر قابضاً لها ، بدليل : أنه لو زنىٰ بجارية إنسان . . لم يصر غاصباً لها ، فهو بمنزلة الاستخدام ، ثم إن تم العقد . . فذاك ، وإن انفسخ بأن ماتت قبل القبض . . فلا مهر على المشتري .

قال : (**والمذهب : أن إتلاف البائع كتلفه**) أي : بآفة سماوية حتىٰ ينفسخ البيع ؛ لأنه لا يمكن الرجوع عليه بالقيمة ؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن ، بخلاف الأجنبي ؛ فإنه إذا أتلفه . . سقط الثمن ، وصحح الرافعي في كتبه كلها ما صححه المصنف ، إلا في « الشرح الصغير » ؛ فإنه صحح عدم الانفساخ .

والطريق الثاني : القطع بالانفساخ .

والثالثة : القطع بعدمه .

---

(١) في هامش (ك) : (فلوكان الإتلاف بأمرهما . . انفسخ في الثلث وحصل القبض في الثلث ، وإن ثبت للمشتري الخيار في الثلث . . أعطىٰ لكل حكمه) .

(٢) أي : ضيفاً للغاصب ، جاهلاً أنه طعامه .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّ إِتْلاَفَ ٱلأَجْنَبِيِّ لاَ يَفْسَخُ ، بَلْ يَتَخَيَّرُ ٱلْمُشْتَرِي بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ وَيُغَرِّمَ ٱلأَجْنَبِيَّ ، أَوْ يَفْسَخَ فَيُغَرِّمَ ٱلْبَائِعُ ٱلأَجْنَبِيَّ . وَلَوْ تَعَيَّبَ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ فَرَضِيَهُ . . أَخَذَهُ بِكُلِّ ٱلثَّمَنِ . وَلَوْ عَيَّبَهُ ٱلْمُشْتَرِي . . فَلاَ خِيَارَ ، أَوِ ٱلأَجْنَبِيُّ . . فَٱلْخِيَارُ ، . . . .

وإذا قلنا : لا ينفسخ . . تخير المشتري ؛ لفوات العين .

قال : (**والأظهر : أن إتلاف الأجنبي لا يفسخ**) ؛ لقيام القيمة مقام المبيع .

والثاني : ينفسخ البيع ؛ لتعذر التسليم ، لأن المعقود عليه قد فات ، وصححه القاضي أبو الطيب ، وقال المتولي : إنه ظاهر المذهب .

وكان الأحسن حذف (الأظهر) وعطفه على (المذهب) ؛ فإن فيه طريقة قاطعة بأنه فسخ فيكون أخصر وأفيد[1] .

قال : (**بل يتخير المشتري بين أن يجيز ويغرم الأجنبي ، أو يفسخ فيغرم البائع الأجنبي**) ؛ لفوات غرضه في العين .

هـٰذا إذا أتلفه الأجنبي عدواناً ، فإن أتلفه بحق بأن قتل عبده فاقتص منه . . فإتلافه كالآفة السماوية قطعاً .

قال : (**ولو تعيب قبل القبض**) أي : بآفة سماوية (**فرضيه . . أخذه بكل الثمن**) كما لو كان مقارناً للعقد ؛ لأن الأوصاف لا تقابل ولا أرش لها مع القدرة على الفسخ .

قال : (**ولو عيبه المشتري . . فلا خيار**) ؛ لحصوله بفعله ، ولأنه يمتنع بسببه الرد بالعيوب القديمة ويكون قابضاً لما أتلفه ، فإذا قطع يده ومات بالسراية . . استقر عليه الثمن كله ، أو بعد الاندمال . . ضمن اليد بجزء من الثمن بالطريق المتقدم في الكتاب لا بنصف القيمة ولا بما نقص منها .

قال : (**أو الأجنبي . . فالخيار**) ؛ لكونه مضموناً على البائع ، وهـٰذا لا خلاف فيه .

---

(١) في (ج) : (أقيد) .

فَإِنْ أَجازَ. . غَرِمَ ٱلأَجْنَبِيُّ ٱلأَرْشَ . وَلَوْ عَيَّبَهُ ٱلْبَائِعُ. . فَٱلْمَذْهَبُ : ثُبُوتُ ٱلْخِيَارِ لاَ ٱلتَّغْرِيمِ . وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، . . . .

قال : (**فإن أجاز. . غرم الأجنبي الأرش**) بالاتفاق أيضاً ، والمراد : القدر المذكور في (الديات) ، ففي يد العبد. . نصف القيمة ، وفي يديه. . كلها .

قال : (**ولو عيبه البائع. . فالمذهب : ثبوت الخيار لا التغريم**) أما ثبوت الخيار. . فبلا خلاف ؛ لأن فعل البائع إما كالآفة وإما كفعل الأجنبي وكلاهما مثبت للخيار .

وأما التغريم. . فالمذهب : أنه لا يثبت ؛ بناء علىٰ أنه كالآفة السماوية .

والثاني : يثبت ؛ بناء علىٰ جعله كالأجنبي ، فكان الصواب أن يقول : يثبت الخيار لا التغريم على المذهب .

قال : (**ولا يصح بيع المبيع قبل قبضه**) سواء كان عقاراً أو غيره ، أذن فيه البائع أم لا ، أعطى المشتري الثمن أم لا ؛ لما روى الشيخان [خ ٢١٢٦ـ م ١٥٢٥/٢٩] عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتىٰ يستوفيه » قال ابن عباس رضي الله عنهما : (وأحسب كل شيء مثله) .

وروى البيهقي [٣١٣/٥] عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال : يا رسول الله ؛ إني أبتاع هـٰذه البيوع فما يحل لي منها وما يحرم ؟ قال : « يا ابن أخي ؛ لا تبيعن شيئاً حتىٰ تقبضه » .

ورویٰ مسلم [١٥٢٨/٣٩] عن أبي هريرة رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ أن يشترى الطعام ثم يباع حتىٰ يستوفىٰ) .

وفي « الصحيحين » [خ ٢١٣١ـ م ١٥٢٧] عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : (رأيت الناس يضربون علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشتروا الطعام جزافاً أن يبيعوه حتىٰ يبلغه الرجل إلىٰ رحله) .

وأجمعوا علىٰ منعه في الطعام ، وجوزه مالك في غيره ، وأبو حنيفة في العقار ، وأحمد فيما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود ولا مذروع .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ بَيْعَهُ لِلْبَائِعِ كَغَيْرِهِ ، وَأَنَّ ٱلإِجَارَةَ وَٱلرَّهْنَ وَٱلْهِبَةَ كَٱلْبَيْعِ ، . . . . . .

وذكر الأصحاب للمنع معنيين :

أحدهما : ضعف الملك ؛ فإنه معرض للسقوط بالتلف ، وإلىٰ هـٰذا ذهب الأكثرون .

والثاني : توالي ضمانين ؛ لأن المبيع إذا تلف قبل القبض تبينا انتقاله إلىٰ ملك البائع قبيل تلفه ، فلو جوز بيعه . . لكان له بائعان فيكون مضموناً للمشتري الأول على البائع ومضموناً عليه للمشتري الثاني .

واستبعد الرافعي العلتين وجعل الاعتماد على الإخبار ، وهو قريب من كلام الإمام ؛ فإنه جعل الغالب عليه التعبد .

قال : (**والأصح : أن بيعه للبائع كغيره**) ؛ لعموم الأدلة المتقدمة .

وموضع الوجهين : إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة ، وإلا . . فهو إقالة بلفظ البيع ، قاله المتولي[1] ، وخرجه شيخه القاضي حسين علىٰ أن العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها .

والأصح ـ كما قاله الرافعي في أوائل (السلم) ـ : أن العبرة باللفظ ، وحينئذ فلا يصح على الصحيح .

واستثنى المتولي من منع بيع المبيع قبل قبضه قسمته قسمة إجبار وإن قلنا : إنها بيع ؛ فإن الرضا فيها غير معتبر ، فكذلك القبض .

قال : (**وأن الإجارة والرهن والهبة كالبيع**) هـٰذا تفريع علىٰ ضعف الملك .

والثاني : يصح بناء علىٰ : أن العلة توالي الضمان ، وصححه الغزالي ، ومحل عدم جواز رهنه : إذا رهنه من غير البائع ، فإن رهنه من البائع ، فإن كان بالثمن حيث له حق الحبس . . لم يجز على الصحيح ، وإلا . . فالمشهور جوازه[2] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا ضعيف ، والأصح : المنع مطلقاً) .

وَأَنَّ ٱلإِعْتَاقَ بِخِلافِهِ . وَٱلثَّمَنُ ٱلْمُعَيَّنُ كَٱلْمَبِيعِ ، فَلاَ يَبِيعُهُ ٱلْبَائِعُ قَبْلَ قَبْضِهِ . وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَمَانَةً كَوَدِيعَةٍ وَمُشْتَرَكٍ وَقِرَاضٍ ، وَمَرْهُونٍ بَعْدَ . . . .

قال : (**وأن الإعتاق بخلافه**) فيصح وإن كان للبائع حق الحبس ؛ لقوة العتق ، ولذلك نقل ابن المنذر فيه الإجماع .

والثاني : لا يصح ؛ لأنه إزالة ملك كالبيع .

والثالث : إن لم يكن له حق الحبس بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالاً ووفَّاه . . صح ، وإلا . . فلا .

والاستيلاد والتزويج كالعتق ، والكتابة كالبيع على الصحيح ؛ إذ ليس لها قوة العتق ، والوقف كالعتق على الصحيح في « شرح المهذب »[1] ، وفي « الشرح » و« الروضة » : أنا إن شرطنا القبول . . فكالبيع ، وإلا . . فكالعتق ، وصحح الرافعي في وقف الراهن : أنه يبطل مطلقاً ولا يلتحق بالعتق ، والقياس : التسوية بين البابين ، أما إذا رجع فيما وهب لولده . . فله بيعه قبل قبضه على الصحيح .

والشفيع إذا تملك الشقص . . قال في « التهذيب » : له بيعه قبل قبضه ، وقال المتولي : ليس له ذلك ؛ لأن الأخذ بها معاوضة ، وقواه المصنف[2] .

وللموقوف عليه بيع الثمرة الحاصلة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها .

وإذا اشترىٰ طعاماً جزافاً وأباحه للفقراء قبل قبضه فأكلوه . . كان قبضاً ، قاله الماوردي والروياني[3] .

قال : (**والثمن المعين كالمبيع ، فلا يبيعه البائع قبل قبضه**) ؛ لعموم النهي ولتوقع الانفساخ ، لـٰكن لا حاجة إلىٰ قوله : (فلا يبيعه البائع قبل قبضه) بل يضر ؛ لأنه يوهم جواز غير البيع ، ولهـٰذا عبر في « المحرر » بالتصرف ليعم .

قال : (**وله بيع ماله في يد غيره أمانةً كوديعة ومشترك وقراض ، ومرهون بعد**

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

ٱنْفِكَاكِهِ ، وَمَوْرُوثٍ ، وَبَاقٍ فِي يَدِ وَلِيِّهِ بَعْدَ رُشْدِهِ ، وَكَذَا عَارِيَةٌ وَمَأْخُوذٌ بِسَوْمٍ . وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ ، وَلاَ ٱلاِعْتِيَاضُ عَنْهُ . وَٱلْجَدِيدُ : جَوَازُ ٱلاِسْتِبْدَالِ عَنِ ٱلثَّمَنِ ، . . . .

انفكاكه ، وموروث ، وباق في يد وليه بعد رشده) ؛ لتمام الملك والقدرة على التسليم ، وكذلك المال الذي في يد الوكيل بالبيع ، وفي يد المستأجر بعد انقضاء المدة ، وما احتطبه العبد أو اكتسبه قبل أن يأخذه السيد .

لـٰكن يستثنىٰ من الأمانة : ما إذا استأجر صابغاً لصبغ ثوب أو قصره وتسلمه فليس للمالك بيعه قبل صبغه ؛ لأن له حبسه لعملٍ ما تُستحق به الأجرة ، فإذا صبغه أو قصره.. كان له بيعه قبل استرداده إن وفى الأجرة ، كذا قاله البغوي والرافعي[1] ، ونوزعا فيه .

ويستثنىٰ من الموروث : ما إذا كان المورث لا يملك بيعه ؛ بأن اشتراه ومات قبل قبضه .

وضبط المصنف (مالَه) بفتح اللام وكسرها و(أمانةً) بنصبه على الحال .

قال : **(وكذا عارية ومأخوذ بسوم)** ؛ لما تقدم ، وكذا ما رجع إليه بفسخ عقد كالمردود بعيب ، ورأس مال السلم المفسوخ بانقطاع المسلم فيه ، والمبيع الذي رجع إليه بإفلاس المشتري .

قال : **(ولا يصح بيع المسلم فيه ، ولا الاعتياض عنه)** ؛ لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض ، وكذلك لا تجوز الحوالة به ولا عليه ، وقيل : تجوز ، وقيل : تجوز به ولا تجوز عليه .

قال : **(والجديد : جواز الاستبدال عن الثمن)** أي : الذي في الذمة ، هـٰذا بيع الدين ممن هو عليه ، وهو جائز ؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : يا رسول الله ؛ إني أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنِ ٱسْتَبْدَلَ مُوَافِقاً فِي عِلَّةِ ٱلرِّبَا كَدَرَاهِمَ عَنْ دَنَانِيرَ . . ٱشْتُرِطَ قَبْضُ ٱلْبَدَلِ فِي ٱلْمَجْلِسِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ ٱلتَّعْيِينُ فِي ٱلْعَقْدِ ، وَكَذَا ٱلْقَبْضُ فِي ٱلْمَجْلِسِ إِنِ ٱسْتَبْدَلَ مَا لاَ يُوَافِقُ فِي ٱلْعِلَّةِ كَثَوْبٍ عَنْ دَرَاهِمَ . . . .

الدنانير ؟ فقال : « لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء » رواه الأربعة[1] والحاكم [٢/٤٤] ، وقال : علىٰ شرط مسلم .

و(البقيع) بالباء : بقيع الغرقد مدفن أموات أهل المدينة كانوا يبيعون فيه الإبل ؛ لقلة الموتىٰ فيه .

وقال ابن باطيش وابن معن : إنه بالنون ، ورد عليهما المصنف ذلك .

والقديم : منع الاستبدال ؛ لأنه بيع ما لم يقبض .

وفي قول ثالث : يجوز استبدال أحد النقدين عن الآخر ولا يجوز استبدال غيرهما ، وفي حقيقة الثمن : ثلاثة أوجه :

أحدها : ما اتصلت به باء الثمنية نقداً كان أو غيره .

والثاني : النقد ، حتىٰ لو باع عرضاً بعرض . . فلا ثمن فيه ، ولو باع أحد النقدين بالآخر . . فلا مثمن فيه .

والثالث : الأصح : أنه النقد ، فإن لم يكن أو كانا نقدين . . فالثمن ما اتصلت به الباء .

قال : (**فإن استبدل موافقاً في علة الربا كدراهم عن دنانير . . اشترط قبض البدل في المجلس**) ؛ فراراً من الربا .

قال : (**والأصح : أنه لا يشترط التعيين في العقد**) كما لو تصارفا في الذمة ثم عيَّنَا وتقابضا .

والثاني : يشترط ؛ لئلا يكون بيع دين بدين .

قال : (**وكذا القبض في المجلس إن استبدل ما لا يوافق في العلة كثوب عن دراهم**) كما لو باع ثوباً بدراهم في الذمة ، فلا يشترط قبض الثوب .

---

(١) أخرجه أبو داوود (٣٣٤٧) ، والترمذي (١٢٤٢) ، والنسائي (٧/ ٢٨١) ، وابن ماجه (٢٢٦٢) .

وَلَوِ ٱسْتَبْدَلَ عَنِ ٱلْقَرْضِ وَقِيمَةِ ٱلْمُتْلَفِ . . جَازَ ، وَفِي ٱشْتِرَاطِ قَبْضِهِ فِي ٱلْمَجْلِسِ مَا سَبَقَ . وَبَيْعُ ٱلدَّيْنِ لِغَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ بَاطِلٌ فِي ٱلأَظْهَرِ ؛ . . . .

والثاني : يشترط ؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر كرأس مال السلم ، فإن قلنا : لا يشترط القبض . . فلا بد من التعيين في المجلس ، فتقرر : أن هـٰذا القسم ـ وهو غير الموافق ـ لا يشترط تعيينه في العقد ولا قبضه في المجلس على الأصح ، بل تعيينه فيه .

وعلىٰ هـٰذا : يكون قولهم : إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض محمولٌ علىٰ ما بعد اللزوم ، أما قبله . . فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط ، هـٰكذا قاله في « المطلب » في (كتاب الصلح) وهو حسن .

وحيث استبدل لا يستبدل المؤجل عن الحال ، ويجوز عكسه ويصير كأن مَن عليه المؤجل عجّله .

قال : (**ولو استبدل عن القرض وقيمة المتلف . . جاز**) ؛ لأنه ليس بثمن ولا مثمن ، فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف ، بخلاف دين السلم .

وقوله : (عن القرض) أي : دين القرض ، ولا بد في الاستبدال من لفظ (عقد) ، فلو أعطاه بغير معاوضة . . لم يملكه وكان مضموناً عليه .

قال : (**وفي اشتراط قبضه في المجلس ما سبق**) فيفصل بين الموافق في علة الربا والمخالف .

قال : (**وبيع الدين لغير من عليه باطل في الأظهر**) ؛ لأنه لا يقدر علىٰ تسليمه .

والثاني : يصح ؛ لاستقراره وكبيعه ممن هو عليه وهو الاستبدال كما تقدم ، وصححه في زوائد « الروضة » هنا[1] ، وفي « أصلها » في (كتاب الخلع) ، واختاره الشيخ .

وإذا قلنا : يصح اشتراط قبض أحد العوضين في المجلس[2] ، فإن تفرقا قبله . . بطل على المشهور .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

(٢) في هامش (ك) : (المعتمد : أنه لا بد من قبض العوضين في المجلس ، فلو تفرقا قبله . . =

بِأَنِ يَشْتَرِيَ عَبْدَ زَيْدٍ بِمِئَةٍ لَهُ عَلَىٰ عَمْرٍو . وَلَو كَانَ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو دَيْنَانِ عَلَىٰ شَخْصٍ ، فَبَاعَ زَيْدٌ عَمْراً دَيْنَهُ بِدَيْنِهِ . . بَطَلَ قَطْعاً . وَقَبْضُ ٱلْعَقَارِ : تَخْلِيَتُهُ لِلْمُشْتَرِي وَتَمْكِينُهُ مِنَ ٱلتَّصَرُّفِ ، بِشَرْطِ فَرَاغِهِ مِنْ أَمْتِعَةِ ٱلْبَائِعِ ، . . . .

وقال ابن الصباغ : لا يحتاج إلىٰ قبضه .

واحترز بـ(بيع الدين لغير من عليه) عن بيعه ممن هو عليه ، ويسمى استبدالاً ؛ فإن ذلك جائز عند الجمهور كما تقدم .

قال : (**بأن يشتري عبد زيد بمئة له علىٰ عمرو**) وهـٰذا تصوير المسألة ، لـٰكن يشترط أن يكون الدين حالاً ، فإن كان مؤجلاً . . لم يجز قطعاً ؛ لعدم القدرة علىٰ تسليمه ومقتضىٰ هـٰذا : أن لا يصح بيع الدين علىٰ معسر وجاحد لا بينة عليه به .

قال : (**ولو كان لزيد وعمرو دينان علىٰ شخص ، فباع زيد عمراً دينه بدينه . . بطل قطعاً**) ؛ لأنه بيع دين بدين ، وقد نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالىء بالكالىء ، رواه الحاكم [٢/٥٧] وصححه ، وبهـٰذا فسره الفقهاء ، لـٰكن أهل اللغة قالوا : إنه النسيئة بالنسيئة ، ولا فرق بين أن يتفق الجنس أو يختلف .

قال : (**وقبض العقار : تخليته للمشتري وتمكينه من التصرف**) ؛ لأن الشرع أطلق القبض وأناط به أحكاماً ولا حد له في اللغة فرجع فيه إلى العرف كالحرز في السرقة وغيره ، والعرف قاض بما ذكره المصنف .

والمراد : أن يرفع البائع يده عنه ويمكن المشتري منه ؛ بأن يعطيه المفتاح بلا مانع شرعي ولا حسي سواء دخله أم لا .

قال : (**بشرط فراغه من أمتعة البائع**) ؛ لأنه مع الشغل بالأمتعة لا يتأتّىٰ تسليمه ، هـٰذا هو الأصح الذي جزم به الرافعي هنا ، وحكىٰ في (باب الألفاظ المطلقة) في (البيع) وجهاً في صحة قبض الدار المشحونة بالأمتعة : أنه يصح وأن الإمام ادعىٰ : أنه ظاهر المذهب ، ونبه المصنف علىٰ ذلك هنا غير أنه سبق قلمه من صحة القبض إلىٰ صحة البيع .

= بطل العقد ، ويشترط أيضاً : أن يكون المدين مثبتاً مقراً ، والدين حالاً مستقراً) .

فَإِنْ لَمْ يَحْضُرِ ٱلْعَاقِدَانِ ٱلْمَبِيعَ . . ٱعْتُبِرَ مُضِيُّ زَمَنٍ يُمْكِنُ فِيهِ ٱلْمُضِيُّ إِلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَقَبْضُ ٱلْمَنْقُولِ : تَحْوِيلُهُ ، . . . .

والدار المشحونة بالأمتعة بيعها صحيح بلا خلاف ، فلو جعل البائع الأمتعة في بيت وخلىٰ بين المشتري وبين بقية الدار . . حصل القبض فيما عدا ذلك البيت ، وتقييد المصنف بـ(أمتعة البائع) يخرج أمتعة المشتري والمستأجر والمستعير[1] .

قال : (**فإن لم يحضر العاقدان المبيع . . اعتبر مضي زمن يمكن فيه المضي إليه في الأصح**) أشار إلىٰ مسألتين :

إحداهما : أن حضور العاقدين ليس بشرط في صحة قبض العقار ، وهو الأصح ؛ لما في تكلف ذلك من المشقة .

وقيل : يشترط حضورهما ؛ لأنه أقرب إلىٰ حقيقة الإقباض والقبض .

وقيل : يشترط حضور المشتري ؛ ليتأتىٰ إثبات اليد عليه .

الثانية : إذا لم يشترط الحضور . . فيشترط مضي زمن يمكن فيه الوصول إليه ؛ لأنه بذلك يسمىٰ قابضاً عرفاً .

والثاني : لا يشترط ؛ لأنه لا معنىٰ لاعتباره مع عدم الحضور .

قال : (**وقبض المنقول : تحويله**) ؛ لما روى الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما : (أنهم كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعوه حتىٰ يحولوه) ، ولأن العادة في المنقول ذلك .

وقيل : إذا اشترى الأب مال طفله من نفسه أو باع منه . . لم يشترط تحويله .

وقيل : إذا اشترىٰ أمتعة مع دار صفقة . . كفىٰ في الأمتعة التخلية تبعاً للدار .

والأصح : ما أطلقه المصنف ، لكن يستثنىٰ : إتلاف المشتري المبيع ؛ فإنه قبض .

فعلى المذهب : يأمر العبد بالانتقال من موضعه ويسوق الدابة .

---

(١) في هامش (ك) : (قال الزركشي : يرد على التقييد بالبائع متاع المكتري والغاصب والمستعير والموصىٰ له ؛ فإنه كمتاع البائع إلا أن يكون هو المشتري) .

فَإِنْ جَرَى ٱلْبَيْعُ بِمَوْضِعٍ لاَ يَخْتَصُّ بِٱلْبَائِعِ . كَفَىٰ نَقْلُهُ إِلَىٰ حَيِّزٍ ، وَإِنْ جَرَىٰ فِي دَارِ ٱلْبَائِعِ . لَمْ يَكْفِ ذَٰلِكَ إِلاَّ بِإِذْنِ ٱلْبَائِعِ فَيَكُونُ مُعِيراً لِلْبُقْعَةِ . . . .

كل هٰذا في غير الخفيف الذي لا يتناول باليد كالثوب ونحوه ؛ فإنه يقبض بالتناول جزماً .

قال : (**فإن جرى البيع بموضع لا يختص بالبائع**) كمسجد أو شارع أو دار المشتري (. . **كفىٰ نقله إلىٰ حيز**) أي : منه ؛ لأن ذلك يعد قبضاً عرفاً وإن كان وضع المتاع في المسجد حراماً إن ضيق على المصلين ، ومكروه إن لم يضيق .

وقوله : (فإن جرى البيع) تبع فيه « المحرر » وهو غير مستقيم ؛ فإن جريان البيع لا مدخل له في ذلك بل العبرة بوجود المبيع في المكان المنقول إليه ، ولهٰذا عبر الرافعي بقوله : وإن كان المبيع بـ(الميم) ، وكذلك هو في « الروضة » .

وقوله : (لا يختص بالبائع) يشمل ما اختص بالمشتري بملك أو إجارة أو إعارة ، وما لا يختص به أحد كالمسجد والشارع والموات ، ويشمل المغصوب من أجنبي ، وفي الاكتفاء به نظر .

قال : (**وإن جرىٰ في دار البائع . . لم يكف ذلك**) أي : نقله إلىٰ حيز منها دون إذن البائع ؛ لأن يد البائع عليها وعلىٰ ما فيها .

واستشكل ابن الصلاح كون ذلك ليس بقبض ؛ لأنه إذا أخذه ورفعه لينقله . . صار بمجرد ذلك مقبوضاً من غير توقف علىٰ وضعه .

وأجاب في « شرح المهذب » بأن أهل العرف لا يعدون مجرد رفعه قبضاً .

نعم ؛ يستثنىٰ ما قبضه بالتناول كالثياب إذا قبضها ووضعها شيئاً فشيئاً فيكفي ذلك .

والمراد بعدم الاكتفاء بما ذكره المصنف : أن ضمان العقد لا ينتقل ولا يجوز التصرف فيه ، لـٰكن يدخل في ضمانه حتىٰ يطالب به إذا خرج مستحقاً لوضع يده عليه .

قال : (**إلا بإذن البائع**) أي : في القبض والنقل (**فيكون معيراً للبقعة**) التي أذن

فَرْعٌ :

لِلْمُشْتَرِي قَبْضُ ٱلْمَبِيعِ إِنْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مُؤَجَّلاً أَوْ سَلَّمَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ يَسْتَقِلُّ بِهِ . . . .

في النقل إليها ، فإن لم يأذن إلا في النقل . . فأطلق الإمام : أنه لا يحصل القبض ؛ لأن الإذن في النقل لا يقتضي العارية[١] .

تتمة :

إذا ملك المشتري الموضع الذي فيه المبيع ببيع أو هبة مع قبض . . فالتخلية تقوم مقام نقله[٢] ، ولو استعاره . . لم يكن قبضاً ، ولو استأجره . . فوجهان : أصحهما عند الروياني : أنه قبض ، وصحح المصنف : أنه لا يكون قبضاً[٣] .

قال : (**فرع :**

للمشتري قبض المبيع إن كان الثمن مؤجلاً) سواء أذن البائع أو لم يأذن ، سواء كان حالاً بطريق الأصالة[٤] أو حل قبل التسليم ، كما أن للمرأة قبض الصداق بغير إذن الزوج إذا سلمت نفسها .

قال : (**أو سلمه**) أي : جميعه ، أما إذا سلم بعضه . . فلا أثر له في الأصح ، كما صرح به الرافعي في تفريق الصفقة .

وقيل : يستحق تسليم قسطه من المبيع إن كان يقبل القسمة .

قال : (**وإلا . . فلا يستقل به**) بل لا بد من إذن البائع ؛ لأن له حق حبسه بالثمن ، ولو أخذه . . فعليه رده ولا ينفذ تصرفه فيه كالمرهون ، لـٰكن يدخل في ضمانه ؛ ليستقر الثمن عليه ، ولو خرج مستحقاً . . طولب به كما تقدم .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (هـٰذا ما قاله الماوردي وغيره ، وهو رأي مرجوح ، والمعتمد : عدم حصول القبض بذلك) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (ك) : (أي : واستمر) .

وَلَوْ بِيعَ ٱلشَّيْءُ تَقْدِيراً كَثَوْبٍ وَأَرْضٍ ذَرْعاً ، وَحِنْطَةٍ كَيْلاً أَوْ وَزْناً . . ٱشْتُرِطَ مَعَ ٱلنَّقْلِ ذَرْعُهُ أَوْ كَيْلُهُ أَوْ وَزْنُهُ ، مِثَالُهُ : بِعْتُكَهَا كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ ، أَوْ عَلَىٰ أَنَّهَا عَشَرَةُ آصُعٍ . وَلَوْ كَانَ لَهُ طَعَامٌ مُقَدَّرٌ عَلَىٰ زَيْدٍ ، وَلِعَمْرٍو عَلَيْهِ مِثْلُهُ . . فَلْيَكْتَلْ لِنَفْسِهِ ثُمَّ يُكِيلُ لِعَمْرٍو . . . .

قال : (**ولو بيع الشيء تقديراً كثوب و أرض ذرعاً ، وحنطة كيلاً أو وزناً . . اشترط مع النقل ذرعه**) أي : إن بيع ذرعاً (**أو كيله**) أي : إن بيع كيلاً (**أو وزنه**) أي : إن بيع وزناً ، وكذا عده في المعدود ؛ لأن المكيل ورد فيه النص ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من ابتاع طعاماً . . فلا يبعه حتىٰ يكتاله » رواه مسلم [١٥٢٥/٢٩] ، وقيس الباقي عليه .

فلو خالف وقبض جزافاً . . لم يملك التصرف في شيء منه ، ولٰكن يدخل المقبوض في ضمانه كما تقرر .

قال : (**مثاله : بعتكها كل صاع بدرهم ، أو علىٰ أنها عشرة آصع**) وكذلك بعتك عشرة آصع منها .

ومثال الذرع : بعتك هٰذا الثوب كل ذراع بدرهم .

ومثال الوزن : بعتك هٰذا العسل كل رطل بدرهم .

ومثال العد : بعتك هٰذه الأغنام كل شاة بعشرة ، ثم إن اتفقا علىٰ كيال . . فذاك ، وإلا . . نصب الحاكم أميناً يتولاه ، قاله الماوردي .

وإذا تولىٰ ما ذكرناه أحد المتبايعين . . وجب عليه العدل ، وحرم عليه التطفيف .

قال في « الإحياء » : وكل من خلط بالطعام تراباً ، أو وزن مع اللحم عظاماً لم تجر العادة به . . فهو من المطففين ، وكذا إذا جر البزاز الثوب مع الذرع عند بيعه لغيره .

قال : (**ولو كان له طعام مقدر علىٰ زيد ، ولعمرو عليه مثله . . فليكتل لنفسه ثم يكيل لعمرو**) ؛ ليكون قبضه قبل إقباضه .

وروى ابن ماجه [٢٢٢٨] والدارقطني [٨/٣] عن جابر رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الطعام حتىٰ يجري فيه الصاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري) .

فَلَوْ قَالَ : أَقْبِضْ مِنْ زَيْدٍ مَا لِي عَلَيْهِ لِنَفْسِكَ فَفَعَلَ . فَٱلْقَبْضُ فَاسِدٌ .

فَرْعٌ :

قَالَ ٱلْبَائِعُ : لاَ أُسَلِّمُ ٱلْمَبِيعَ حَتَّىٰ أَقْبِضَ ٱلثَّمَنَ ، وَقَالَ ٱلْمُشْتَرِي فِي ٱلثَّمَنِ مِثْلَهُ . . . .

فلو اشترىٰ طعاماً مكايلة أو أسلم فيه فاكتاله و تركه في المكيال ونقله ثم باعه مكايلة . . لم يكف تسليمه للمشتري كذلك بل لا بد من صبه واستئناف كيله على الأصح عند البغوي ؛ لعدم جريان الصاعين فيه .

والأصح : أنه يكفي ذلك ؛ لأن استدامة الكيل كابتدائه .

قال : (**فلو قال : أقبض من زيد ما لي عليه لنفسك ففعل . . فالقبض فاسد**) ؛ لاتحاد القابض والمقبض ، أما قبضه الأول من زيد لبكر . . فصحيح في الأصح ، وكذا لو قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك . . فإنه يصح القبض الأول لبكر في الأصح ، ولا يصح لنفسه في الأصح .

تتمة :

أجرة الكيال على البائع ، ووزن الثمن على المشتري ، وفي أجرة النقاد وجهان[1] : قال في « الروضة » : ينبغي أن يكون الأصح : أنها على البائع[2] ، قال في « المطلب » : وهو الأشبه .

وأجرة النقال المحتاج إليه في تسليم المنقول على المشتري علىٰ ما دل عليه كلام الشافعي رضي الله عنه وصرح به المتولي .

قال : (**فرع :**

قال البائع : لا أسلم المبيع حتىٰ أقبض الثمن ، وقال المشتري في الثمن مثله . .

---

(١) في هامش (ك) : (ولو أخطأ النقاد فظهر بما نقده غش وتعذر الرد على المشتري . . فلا ضمان) اهـ

(٢) في هامش (ك) : (الأصح : أنها على المشتري) .

أُجْبِرَ ٱلْبَائِعُ ، وَفِي قَوْلٍ : ٱلْمُشْتَرِي ، وَفِي قَوْلٍ : لاَ إِجْبَارَ ، فَمَنْ سَلَّمَ . . أُجْبِرَ صَاحِبُهُ ، وَفِي قَوْلٍ : يُجْبَرَانِ . قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مُعَيَّناً . . سَقَطَ ٱلْقَوْلاَنِ ٱلأَوَّلاَنِ وَأُجْبِرَا فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

أجبر البائع) ؛ لأن حق المشتري في العين وحق البائع في الذمة ، فقدم ما يتعلق بالعين كأرش الجناية مع غيره من الديون .

وأورد علىٰ هـٰذه العلة : ما إذا أوصىٰ لرجل بعبد معين ولآخر بعبد مطلق وضاق الثلث . . فإنه لا يقدم أحدهما على الآخر ، ومنهم من علله بأن البائع يجبر علىٰ تسليم ملك غيره والمشتري علىٰ تسليم ملك نفسه .

ومحل إجبار البائع : إذا باع مال نفسه ، أما إذا باع مال غيره بوكالة أو ولاية . . فلا يسلم المبيع حتىٰ يقبض الثمن ، كما سيأتي في المفلس والوكيل وعامل القراض .

قال : (**وفي قول : المشتري**) ؛ لأن حقه متعين في العين وحق البائع غير متعين في الثمن ، ومحل هـٰذا : إذا كان الثمن حالاً .

قال : (**وفي قول : لا إجبار ، فمن سلم . . أجبر صاحبه**) ؛ لأن كلاً منهما ثبت له الاستيفاء وعليه الإيفاء فاستويا .

وعلىٰ هـٰذا : يمنعهما الحاكم من التخاصم .

قال : (**وفي قول : يجبران**) ؛ لأن التسليم واجب عليهما .

ومعنىٰ (الإجبار) : أن يؤمر بالتسليم لعدل وهو يسلم إليهما ، ولا يضره بأيهما بدأ .

قال : (**قلت : فإن كان الثمن معيناً . . سقط القولان الأولان وأجبرا في الأظهر والله أعلم**) ؛ لاستواء الجانبين وسواء كان الثمن نقداً أو عرضاً .

فلو كان الثمن مؤجلاً . . أجبر البائع قطعاً ، وليس له المطالبة برهن ولا كفيل ؛ لأنه المفرط ، ولو لم يتفق التسليم حتىٰ حل الأجل . . فلا حبس أيضاً على الأصح كما تقدم .

ولو تنازع وكيلان . . قال الإمام : أجبرا .

وَإِذَا سَلَّمَ ٱلْبَائِعُ . . أُجْبِرَ ٱلْمُشْتَرِي إِنْ حَضَرَ ٱلثَّمَنُ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً . . فَلِلْبَائِعِ ٱلْفَسْخُ بِٱلْفَلَسِ ، أَوْ مُوسِراً وَمَالُهُ بِٱلْبَلَدِ أَوْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ . . حُجِرَ عَلَيْهِ فِي أَمْوَالِهِ حَتَّىٰ يُسَلِّمَ ، . . . .

وحكم تنازع المكتري والمكري في البداءة بالتسليم حكم البائع والمشتري بلا فرق .

قال : (**وإذا سلم البائع . . أجبر المشتري إن حضر الثمن**) أي : حضر في المجلس ؛ لأنه واجب عليه ، ولا مانع منه سواء قلنا : يجبر البائع أو لا ، ولـٰكنه تبرع وسلم .

وفهم من كلام المصنف : أنه لا يثبت للبائع في هـٰذه الحالة الفسخ بإصرار المشتري على الامتناع ، وهو كذلك على الأصح ، وقد صرح به المصنف في (كتاب التفليس) .

والمراد بـ(**الثمن**) : النوع الذي يعطىٰ منه ؛ لأن الكلام فيما إذا كان الثمن في الذمة .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يكن حاضراً (**فإن كان معسراً . . فللبائع الفسخ بالفلس**) هـٰذا هو المنصوص .

وقيل : تباع السلعة ويقضىٰ دينه من ثمنها .

والمراد بـ(المعسر) هنا : من ليس له مال غير السلعة ، سواء كانت السلعة قدر الثمن أو أكثر ، وهـٰذا الفسخ هو الفسخ بالفلس بعينه فيشترط فيه حجر الحاكم .

وصورة المسألة : إذا سلم بإجبار الحاكم ، فلو فرض التسليم متبرعاً . . لم يجز الفسخ إذا وفت السلعة بالثمن في الأصح .

قال : (**أو موسراً وماله بالبلد أو مسافة قريبة . . حجر عليه في أمواله حتىٰ يسلم**) ؛ لئلا يتصرف فيها بما يفوت به حق البائع ، سواء كانت أمواله وافية بالثمن أم لا ، ولهـٰذا سماه الأصحاب : الحجر الغريب .

فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ ٱلْقَصْرِ . . لَمْ يُكَلَّفِ ٱلْبَائِعُ ٱلصَّبْرَ إِلَىٰ إِحْضَارِهِ ، وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّ لَهُ ٱلْفَسْخَ ، فَإِنْ صَبَرَ . . فَٱلْحَجْرُ كَمَا ذَكَرْنَا . وَلِلْبَائِعِ حَبْسُ مَبِيعِهِ حَتَّىٰ يَقْبِضَ ثَمَنَهُ إِنْ خَافَ فَوْتَهُ بِلاَ خِلاَفٍ ، وَإِنَّمَا ٱلْأَقْوَالُ إِذَا لَمْ يَخَفْ فَوْتَهُ وَتَنَازَعَا فِي مُجَرَّدِ ٱلِابْتِدَاءِ . . . .

والمراد بـ(المسافة القريبة) : ما دون مسافة القصر .

وهـٰذا الحجر يخالف الحجر على المفلس من وجهين :

أحدهما : أنه لا يتسلط على الرجوع إلىٰ عين المال .

والثاني : أنه لا يتوقف علىٰ ضيق المال عن الوفاء .

واتفقوا علىٰ : أنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس . . لم يحجر عليه هـٰذا الحجر أيضاً ؛ لعدم الحاجة إليه ، ومقتضىٰ إطلاق الأكثرين : أن هـٰذا الحجر لا ينفك بمجرد التسليم بل لا بد من فك القاضي[1] .

قال : (**فإن كان بمسافة القصر . . لم يكلف البائع الصبر إلىٰ إحضاره**) ؛ لما فيه من الضرر عليه بتأخير حقه .

وقال ابن سريج : يكلف ذلك بشرط رد المبيع إليه والحجر على المشتري .

قال : (**والأصح : أن له الفسخ**) ؛ لتعذر تحصيل الثمن ، كما لو أفلس المشتري بالثمن .

والثاني : يباع ويؤدىٰ حقه من ثمنه كسائر الديون .

قال : (**فإن صبر . . فالحجر كما ذكرنا**) ؛ لاحتمال تفويته المال .

وقيل : إنما يحجر حيث لا يثبت الفسخ .

قال : (**وللبائع حبس مبيعه حتىٰ يقبض ثمنه إن خاف فوته بلا خلاف ، وإنما الأقوال إذا لم يخف فوته وتنازعا في مجرد الابتداء**) ؛ لأن الإجبار عند خوف الفوات بالهرب أو تمليك المال ونحو ذلك فيه ضرر ظاهر ، وهـٰكذا الحكم في المشتري

---

(١) في هامش (ك) : (لـٰكن جزم البلقيني كالإمام بخلافه) ورمز له بالصحة .

. . . .

أيضاً ، فلو عبر المصنف بقوله : ولكلٍّ حبسُ ما بذله حتىٰ يقبض عوضه . . كان أولىٰ .

وقوله : (بلا خلاف) تبع فيه « المحرر » ، وهي طريقة الأكثرين .

تتمة :

قال الأصحاب : إذا تبرع البائع بالتسليم . . لم يكن له حق الحبس ، وكذا لو أعاره البائع للمشتري على الأصح

وصورة إعارة البائع للمشتري : أن يؤجر عيناً ثم يبيعها لغيره ثم يستأجرها من المستأجر أو يهبها له المستأجر أو يوصي له بها ثم يعيرها للمشتري قبل القبض ، وكذلك إذا باعه نصف عين ثم أعار النصف الذي علىٰ ملكه قبل قبض المشتري ما اشتراه .

هـٰذا إذا أرادوا مطلق الإعارة ، فإن أرادوا إعارة المبيع . . لم تأت هـٰذه الصورة .

* * *

خاتمة

أهمل المصنف من هـٰذا الموضع حكم (الإقالة) وهي : ترادُّ أحد العوضين ، وهي جائزة ، بل تستحب إذا ندم أحدهما . . أن يقيله الآخر ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من أقال مسلماً . . أقال الله عثرته » رواه أبو داوود [٣٤٥٤] .

وصيغتها : تقايلنا ، أو تفاسخنا ، أو يقول أحدهما : أقلتك ، فيقول : قبلت ، وما أشبهه .

وهي فسخ في أظهر القولين ، وهو الجديد ، وبيع في الآخر .

فعلى الجديد : هل الفسخ من الآن أو من أصله ؟ فيه وجهان : ظاهر تصحيح الرافعي : الأول[١] ، وتظهر فائدتهما في الزوائد .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

وتجوز في السلم وفي المبيع قبل القبض إذا قلنا : فسخ ، وإن قلنا : بيع . . فلا ، ولا تجوز بعد التلف إن قلنا : بيع ، وإلا . . فالأصح : الجواز .

ولو أقاله علىٰ أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عن المكسرة . . لم يصح .

وللورثة الإقالة بعد موت المتعاقدين .

وتجوز في بعض المبيع معيناً ، فإن تقايلا أحد العبدين مع بقاء الثاني . . لم تجز علىٰ قولنا : بيع للجهل بحصة كل واحد .

وتجوز في بعض المسلم فيه ، لٰكن لو أقاله من بعضه ليعجل الباقي أو عجل بعضه ليقيله من الباقي . . فهي فاسدة .

وإذا اختلفا في الثمن بعد الإقالة . . فالأصح : أن القول قول البائع ، وقيل : قول المشتري ، وقيل : يتحالفان وتبطل الإقالة ، وإن اختلفا في وجود الإقالة . . صدق منكرها .

* * *

بَابُ ٱلتَّوْلِيَةِ وَٱلإِشْرَاكِ وَٱلْمُرَابَحَةِ

ٱشْتَرَىٰ شَيْئاً ثُمَّ قَالَ لِعَالِمٍ بِٱلثَّمَنِ : وَلَّيْتُكَ هَـٰذَا ٱلْعَقْدَ ، فَقَبِلَ . . لَزِمَهُ مِثْلُ ٱلثَّمَنِ ، . . . .

باب التولية والإشراك والمرابحة

يقال : ولي الرجل البيع ولاية وتولية : إذا قام فيه مقام المشتري .

و(الإشراك) مصدر أشركه أي : جعله شريكاً .

و(المرابحة) من الربح ، وهو . . الزيادة ، واستغنى المصنف بذكرها في الترجمة عن ذكر المحاطة مع عطفها عليها في الباب ؛ لأن أحدهما يدل على الآخر ، كقوله تعالىٰ : ﴿ سَرَٰبِيلَ تَقِيكُمُ ٱلْحَرَّ ﴾ .

والأصل في التولية والإشراك : ما رواه أبو داوود مرسلاً [مراسيل ١٩٨] عن سعيد بن المسيب : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا بأس بالتولية في الطعام قبل أن يستوفىٰ ، ولا بأس بالشركة في الطعام قبل أن يستوفىٰ » .

والجواب : أنه مرسل عارضه عموم النهي عن بيع ما لم يقبض ، وهو متصل صحيح .

قال : (**اشترىٰ شيئاً ثم قال لعالم بالثمن : وليتك هـٰذا العقد**) سواء قال : بما اشتريت ، أو سكت (**فقبل**) أي : بلفظ : قبلت ، أو توليت (. . **لزمه مثل الثمن**) قدراً وصفة ، وهو تنبيه علىٰ أنه يشترط : أن يكون مثلياً ؛ ليأخذ المولي مثل ما بذل ، فلو اشتراه بعرض . . لم تجز فيه التولية إلا إذا انتقل ذلك العرض من البائع إلىٰ إنسان فولاه العقد .

ويشترط مع علمه بالثمن : أن يكون المولىٰ أيضاً عالماً ، فإن جهله أحدهما . . ففيه الخلاف الآتي في (المرابحة) في قوله : (بطل على الصحيح) ، وجزمُ المصنف هنا وحكايته للخلاف هناك يفهم خلافه ، وليس كذلك .

وَهُوَ بَيْعٌ فِي شَرْطِهِ وَتَرَتُّبِ أَحْكَامِهِ ، لَـٰكِنْ لاَ يَحْتَاجُ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱلثَّمَنِ . وَلَوْ حُطَّ عَنِ ٱلْمُوَلِّي بَعْضُ ٱلثَّمَنِ . . ٱنْحَطَّ عَنِ ٱلْمُوَلَّىٰ . وَٱلإِشْرَاكُ فِي بَعْضِهِ كَٱلتَّوْلِيَةِ فِي كُلِّهِ . . . .

قال : (**وهو**) أي : هـٰذا العقد (**بيع في شرطه**) ؛ لأن حد البيع صادق عليه ، فتشترط فيه رؤية المبيع ، والقبول على الفور ، والقدرة على التسليم ، ووجوب التقابض في المجلس إذا كان العوضان نقدين أو مطعومين وعلمهما بالثمن .

قال : (**وترتب أحكامه**) كتجدد الشفعة ، وبقاء الزوائد علىٰ ملك المشتري ، وغير ذلك .

وقيل : لا يكون بيعاً جديداً ، بل يكون المولىٰ نائباً عن المولي ، فتنتقل الزوائد إليه ولا تتجدد الشفعة .

قال : (**لـٰكن لا يحتاج إلىٰ ذكر الثمن**) ؛ لأن لفظ التولية يشعر به ، فلو ذكره . . لم يضر .

قال : (**ولو حُط عن المولي بعض الثمن . . انحط عن المولىٰ**) وإن كان ذلك بعد التولية ؛ لأنه وإن كان بيعاً جديداً فخاصته التنزيل على الثمن الأول .

وسكت المصنف عن حط الجميع ، وحكمه : أنه إن كان بعد التولية . . انحط عن المولىٰ أيضاً ، وإن كان قبلها . . لم يصح ، كما لو قال : بعتك بلا ثمن .

وقوله : (حُط) هو بضم الحاء ؛ ليشمل حط البائع ، والوارث ، والحط الواقع في زمن الخيار و بعده .

حادثة :

وقع في « الفتاوىٰ » : أن رجلاً باع ولده داراً بثمن معلوم ثم أسقط عنه جميع الثمن قبل التفرق من المجلس ، فأجيب فيها بأنه يصير كمن باع بلا ثمن[1] ، وهو غير صحيح ، فتستمر الدار علىٰ ملك الوالد .

قال : (**والإشراك في بعضه كالتولية في كله**) أي : في جميع الشرائط والأحكام ؛

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

إِنْ بَيَّنَ ٱلْبَعْضَ ، فَإِنْ أَطْلَقَ . . صَحَّ وَكَانَ مُنَاصَفَةً ، وَقِيلَ : لاَ . وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلْمُرَابَحَةِ ؛ بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِمِئَةٍ ثُمَّ يَقُولَ : بِعْتُكَ بِمَا ٱشْتَرَيْتُ وَرِبْحِ دِرْهَمٍ لِكُلِّ عَشَرَةٍ ، أَوْ رِبْحِ « دَهْ يَازْدَهْ » . . . .

لأنه تولية في بعض المبيع ببعض الثمن الأول .

قال : (**إن بين البعض**) ؛ لأن المبيع شرطه : أن يكون معلوماً ، فإن أبهمه . . لم يصح للجهالة ، ولو قال : مناصفة ، أو بالنصف . . استويا فيه ، وإن قال : في النصف . . كان له الربع ، والمصنف أدخل (الألف واللام) علىٰ بعض ، وهو ممتنع استعمالاً .

قال : (**فإن أطلق . . صح وكان مناصفة**) كما لو أقر بشيء لزيد وعمرو .

قال : (**وقيل : لا**) كما لو باع بألف ذهباً وفضة ، وبهـٰذا جزم البغوي ، ولم يصحح الرافعي في « الشرحين » ولا في « الروضة » شيئاً ، وعبر في « المحرر » بالأشبه .

فرع :

للشريك الرد على الذي أشركه ، فإذا رد عليه . . رد هو على الأول .

قال : (**ويصح بيع المرابحة ؛ بأن يشتري بمئة ثم يقول : بعتك بما اشتريت**) أي : بمثله (**وربح درهم لكل عشرة ، أو ربح « ده يازده »**) ؛ لأنه ثمن معلوم فجاز البيع فيه ، كما لو قال : بعتك بمئة وعشرة .

و(ده) بالفارسية : عشرة ، و(يازده) : أحد عشر ، و(دوازده) : اثنا عشر ، فإذا قال : (ده يازده) . . فمعناه : كل عشرة ربحُها درهم ، و(ده دوازده) . . معناه : كل عشرة ربحها درهمان .

روى ابن أبي شيبة [٥/١٨٤] عن سعيد بن المسيب وابن سيرين أنهما قالا : لا بأس ببيع ده يازده .

وكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول : (هو بيع الأعاجم)[١] .

---

(١) البيهقي (٥/٣٠٠) ، وعبد الرزاق (١٥٠١١) .

وَٱلْمُحَاطَّةِ كَبِعْتُ بِمَا ٱشْتَرَيْتُ وَحَطٍّ « دَهْ يَازْدَهْ » ، وَيُحَطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدَ عَشَرَ وَاحِدٌ ، وَقِيلَ : مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ . . . .

وقال عكرمة : (بيع ده يازده حرام)[1] ، وبه قال إسحاق ، وأبطل البيع به ؛ لعدم العلم بجملة الثمن .

لنا : القياس علىٰ بيع القطيع كل شاة بدرهم ، وتأول البيهقي جميع النهي الوارد علىٰ حالة الجهل بالثمن ، ويجوز أن يكون الربح من غير جنس الثمن .

قيل لعبد الرحمـٰن بن عوف رضي الله عنه : ما سبب كثرة مالك؟ قال : ما كتمت عيباً ولا رددت ربحاً .

فرع :

له أن يبيع مرابحة بعض ما اشتراه ، ويذكر قسطه .

وقال المتولي : يشترط في جوازه : الإخبار بلفظ القيام أو رأس المال ، ولا يجوز بلفظ : الشراء ، وكلام الماوردي مشعر بخلافه ، وأجرى المتولي ذلك في الثوبين والقفيزين وبعض العين ، ووافقه الشيخ .

والأشبه : أنه لا يكتفىٰ بتقويمه لنفسه بل يرجع إلىٰ مقومين عدلين .

وقال ابن الرفعة : ينبغي أن يعتمد علىٰ ما يقع في نفسه[2] ، فإن جرىٰ نزاع بينه وبين المشتري في ذلك . . فلا بد من عدلين .

قال : (**والمحاطة**) وتسمى : المواضعة (**كبعت بما اشتريت وحط « ده يازده »**) ؛ لكون الثمن معلوماً بعد الحط .

قال : (**ويحط من كل أحد عشر واحد**) ؛ لأن الربح في المرابحة جزء من أحد عشر ، فليكن كذلك الحط من المحاطة .

قال : (**وقيل : من كل عشرة**) كما زيد في المرابحة لكل عشرة درهم ، فإذا كان

---

(١) ابن أبي شيبة (٥/ ١٨٤) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِذَا قَالَ : بِعْتُ بِمَا ٱشْتَرَيْتُ . . لَمْ يَدْخُلْ فِيْهِ سِوَى ٱلثَّمَنِ ، وَلَو قَالَ : بِمَا قَامَ عَلَيَّ . . دَخَلَ مَعَ ثَمَنِهِ أُجْرَةُ ٱلْكَيَّالِ وَٱلدَّلَّالِ وَٱلْحَارِسِ وَٱلْقَصَّارِ وَٱلرَّفَّاءِ وَٱلصَّبَّاغِ وَقِيمَةُ ٱلصَّبْغِ وَسَائِرِ ٱلْمُؤَنِ ٱلْمُرَادَةِ لِلِاسْتِرْبَاحِ . . . .

قد اشترىٰ بمئة كان الثمن تسعين علىٰ هـٰذا ، وعلى الأول : تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم .

ولو اشتراه بمئة وعشرة . . فالثمن على الأول : مئة ، وعلى الثاني : تسعة وتسعون .

ولو قال : بحط درهم من كل عشرة . . حط من كل عشرة ، ولو أتىٰ بـ(اللام) فقال : لكل عشرة . . فالمحطوط درهم من كل أحد عشر .

قال : (**وإذا قال : بعت بما اشتريت . . لم يدخل فيه سوى الثمن**) ؛ لأن الشراء هو العقد والعقد لم يقع إلا بذلك .

والمراد بـ(الثمن) : ما استقر عليه العقد ، حتىٰ لو ألحقا في خيار المجلس أو الشرط زيادة أو نقصاً . . اعتبرنا ذلك .

قال : (**ولو قال : بما قام علي . . دخل مع ثمنه أجرة الكيال والدلال والحارس والقصار والرفاء والصباغ وقيمة الصبغ وسائر المؤن المرادة للاسترباح**) كتطيين الدار ، وأجرة المكان ، ومؤنة ختان الرقيق ، والمكس الذي يأخذه السلطان ، وأجرة الطبيب إذا اشتراه مريضاً ، والعلف الزائد على العادة لقصد التسمين ، فيحسب الجميع ويدخلها مع الثمن ، ولا يضر الجهل[1] بقدرها للضرورة ، أما المؤن المقصودة للبقاء كالنفقة المعتادة وأجرة الطبيب إذا حدث المرض . . فإنها لا تحسب ؛ لأنها غير مقصودة للاسترباح .

ولو جنى العبد ففداه أو غصب فبذل شيئاً في مؤنة استرداده . . لم يحسب عند الأكثرين كل هـٰذا إذا لم ينص عليه ، فأما إذا قال : بعتك بما قام علي وهو كذا وبما فديته أو أنفقته وهو كذا . . فإنه لا يمتنع بلا خلاف .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : تفصيلاً ؛ إذ هي معلومة جملة مجهولة تفصيلاً) .

وَلوْ قَصَّرَ بِنَفْسِهِ أَوْ كَالَ أَوْ حَمَلَ أَوْ تَطَوَّعَ بِهِ شَخْصٌ . . لَمْ تَدْخُلْ أُجْرَتُهُ . وَلْيَعْلَمَا ثَمَنَهُ أَوْ مَا قَامَ بِهِ ، فَلَوْ جَهِلَ أَحَدُهُمَا . . بَطَلَ ٱلْبَيْعُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلْيُصَدِّقِ ٱلْبَائِعُ فِي قَدْرِ ٱلثَّمَنِ وَٱلأَجَلِ ، وَٱلشِّرَاءِ بِٱلْعَرْضِ ، . . . .

وقد استشكل ابن الرفعة تصوير الكيال و الدلال ؛ لأنهما على البائع ، ثم صورهما بما إذا كان الثمن مكيلاً فأجرة كيله على المشتري ، وإذا تردد في صحة ما كاله البائع فاستأجر من كاله ثانياً ليرجع عليه إن ظهر نقص ، وأما الدلال ، فإذا استأجر من يعرض سلعته على البيع فاشترىٰ بها عيناً . . فإن الأجرة تضم إلىٰ قيمة العين .

و(الرفاء) مهموز ممدود ، رفأت الثوب أرفؤه رفأً : إذا أصلحت ما وَهَىٰ منه ، وربما لم يهمز ، يقال : من اغتاب . . خرق ، ومن استغفر . . رفا .

قال : (**ولو قصر بنفسه أو كال أو حمل أو تطوع به شخص . . لم تدخل أجرته**) ؛ لأن عمله لنفسه لا أجرة له فلا يقوَّم عليه .

ولو صبغ بنفسه . . دخل ثمن الصبغ لا الأجرة .

قال : (**وليعلما ثمنه أو ما قام به ، فلو جهل أحدهما . . بطل البيع على الصحيح**) ؛ لجهالة الثمن .

والثاني : يصح ؛ لأن الثمن مبني علىٰ ثمن العقد الأول والرجوع إليه سهل فصار كطلب الشفيع الشفعة قبل العلم .

والثالث : يصح إذا عرفاه قبل التفرق ، فإن تفرقا من غير علم . . بطل .

قال : (**وليصدق البائع في قدر الثمن والأجل**) فيجب بيان ذلك ؛ لأن بيع المرابحة مبني على الأمانة ، لاعتماد المشتري علىٰ نظر البائع واستقصائه ورضاه لنفسه بما رضيه البائع مع زيادة يبذلها ، فعلى البائع الصدق في الإخبار عما اشترىٰ به وما قام به عليه إن كان يبيع بلفظ القيام ، ولأن الأغراض تختلف بذلك اختلافاً ظاهراً ، وكذلك صفة الثمن كالصحاح والمكسرة ، فلو اشتراه بمئة وخرج عن ملكه ثم اشتراه بخمسين . . فرأس ماله خمسون .

قال : (**والشراء بالعرض**) فيلزمه إذا اشترىٰ شيئاً بعرض وأراد بيعه مرابحة أن

وَبَيَانِ ٱلْعَيْبِ ٱلْحَادِثِ عِنْدَهُ ، فَلَوْ قَالَ : بِمِئَةٍ ، فَبَانَ بِتِسْعِينَ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ يَحُطُّ ٱلزِّيَادَةَ وَرِبْحَهَا ، . . . .

يقول : اشتريته بعرض قيمته كذا ، ولا يقتصر علىٰ ذكر القيمة ؛ لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد ببيعه بالنقد .

قال : (**وبيان العيب الحادث عنده**) أي : فيبين حدوثه ، وإلا . . فجميع العيوب القديمة والحادثة يجب بيانها ، و سواء حدث بجناية أم بآفة ، سواء كان منقصاً للعين أو القيمة .

ولو اشتراه معيباً . . وجب الإخبار به ، وكذا إذا اشتراه بغبن عند الأكثرين خلافاً للغزالي ، وإذا اشتراه من ابنه الطفل . . وجب الإخبار به ؛ دفعاً للتهَمة ، أو من ولده الكبير أو مكاتبه . . فلا في الأصح .

فرع :

اشترىٰ عامل القراض الذي شرط له نصف الربح ثوباً بمئة وباعه من رب المال بمئة وخمسين . . لم يجز لرب المال أن يخبر إلا بمئة وخمسة وعشرين ؛ لأن نصف الربح له ، قاله الماوردي ، وغلطه الروياني فيه ؛ لأن العامل لا يبيع مال القراض من رب المال ، وهو صحيح[1] .

فرع :

اشترىٰ بعشرة ثم واطأ غلامه الحر أو صديقاً له فباعه منه ثم اشتراه بعشرين ليخبر بالعشرين . . كره ، وقال الروياني وغيره : يحرم ، واختاره الشيخ ؛ لأنه غش[2] .

وإذا علم المشتري بالحال . . ثبت له الخيار .

قال : (**فلو قال : بمئة ، فبان بتسعين . . فالأظهر : أنه يحط الزيادة وربحها**) ؛ لأنه تمليك باعتبار الثمن الأول فتنحط الزيادة عنه كما في الشفعة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (من حيث المواطأة لا من حيث الغش) .

وَأَنَّهُ لاَ خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي . وَلَوْ زَعَمَ أَنَّهُ مِئَةٌ وَعَشَرَةٌ وَصَدَّقَهُ ٱلْمُشْتَرِي . . لَمْ يَصِحَّ ٱلْبَيْعُ فِي ٱلأَصَحِّ . قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وعلىٰ هـٰذا : يكون الثمن تسعة وتسعين ، والمحطوط أحد عشر .

والثاني : لا يحط شيء ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنه سمىٰ ثمناً معلوماً وعقد به .

وعلىٰ هـٰذا : الثمن مئة وعشرة ، وإنما تبين كونه بتسعين بإقراره أو ببينة .

قال : (**وأنه لا خيار للمشتري**) أي : إذا قلنا بالأظهر ، وهو : حط الزيادة وربحها ؛ لأنه رضي بالأكثر فرضاه بالأقل أولىٰ .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة ـ : يثبت الخيار ؛ لأنه قد يكون له غرض في الشراء بذلك القدر لإبرار قسم أو إنفاذ وصية ، هـٰذه الطريقة الصحيحة ، وهي طريقة القولين في الحالين .

وقيل : إن ثبت ذلك ببينة . . ثبت ، أو بالإقرار . . فلا ، أما إذا قلنا بعدم الحط . . فللمشتري الخيار جزماً إلا أن يكون عالماً بكذب البائع .

قال الشيخ : وإذا أثبتنا الخيار . . فهو على الفور ، وأبدى ابن الرفعة احتمالاً آخر : أنه يدوم بدوام مجلس الاطلاع عليه ، والخلاف في الحط جار في حالة بقاء المبيع وتلفه على الصحيح ؛ لأن المقصود لا يختلف .

وقطع الماوردي بسقوط الزيادة وربحها في حالة التلف ، ونقله صاحب « المهذب » والشاشي عن الأصحاب .

قال : (**ولو زعم : أنه مئة وعشرة وصدقه المشتري . . لم يصح البيع في الأصح**) ؛ لتعذر إمضائه ، فإن العقد لا يحتمل الزيادة ، وأما النقصان . . فإنه معهود بدليل الأرش .

قال : (**قلت : الأصح : صحته والله أعلم**) كما لو غلط بالزيادة ، هـٰكذا صححه في زوائد « الروضة » ، ونقله عن جماعة .

وعلى هـٰذا : الأصح : أن الزيادة لا تثبت لـٰكن للبائع الخيار .

وَإِنْ كَذَّبَهُ وَلَمْ يُبَيِّنْ لِغَلَطِهِ وَجْهاً مُحْتَمَلاً . . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ وَلاَ بَيِّنَتُهُ ، وَلَهُ تَحْلِيفُ ٱلْمُشْتَرِي أَنَّهُ لاَ يَعْرِفُ ذَلِكَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَإِنْ بَيَّنَ . . فَلَهُ ٱلتَّحْلِيفُ ، وَٱلأَصَحُّ : سَمَاعُ بَيِّنَتِهِ . . . .

وقيل : تثبت مع ربحها وللمشتري الخيار .

قال : (**وإن كذبه ولم يبين لغلطه وجهاً محتملاً . . لم يقبل قوله**) ؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي .

وقال أحمد : يقبل قوله مع يمينه ؛ لأنه لما دخل معه في المرابحة جعل أميناً .

وقوله : (محتمَلاً) هو بفتح الميم .

قال : (**ولا بينته**) ؛ لأنه مكذب لها بإقراره السابق .

قال : (**وله تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك في الأصح**) أي : لا يعرف كونه مئة وعشرة ؛ لأنه ربما يقر عند عرض اليمين عليه .

والثاني : لا ، كما لا تسمع بينته ، فإن قلنا : له تحليفه فنكل . . فالأصح : أنها ترد على المدعي فيحلف على القطع ، بخلاف المشتري إذا حلفناه . . فهو علىٰ نفي العلم ، فإذا حلف المدعي اليمين المردودة . . فللمشتري الخيار[1] .

قال : (**وإن بين**) أي : لغلطه وجهاً محتملاً (. . **فله التحليف**) ؛ لأن العذر يقوي ظن صدقه ، كما إذا قال : ما راجعت جريدتي .

قال : (**والأصح : سماع بينته**) ؛ قياساً على التحليف ، والجامع بينهما العذر .

والثاني : لا تسمع لتكذيبه لها .

---

(١) في هامش (ك) : (قال الشيخان : كذا أطلقوه ، وقضية قولنا : إن اليمين المردودة كالإقرار : أن يعود فيه ما ذكرنا حالة التصديق ، أي : فلا خيار للمشتري ، قال في « الأنوار » : وهو الحق ، قال : وما ذكراه من إطلاقهم غيرُ مسلّم ؛ فإن المتولي والإمام والغزالي أوردوا : أنه كالتصديق ، ولم يتعرض الكثير لحكم الرد ، ولم أجد ثبوت الخيار إلا في « الشامل ») ، ورمز لقول الشيخين بالصحة .

. . . .

تتمة :

إذا سمعت البينة . . فهو كما لو صدقه ، قاله المتولي وغيره ، فعلىٰ رأي الرافعي : يفسد العقد ، وعلىٰ رأي المصنف : يصح .

* * *

خاتمة

قال ابن الرفعة والشيخ : عدم سماع البينة هنا هو المشهور المنصوص .

وقد ذكر الرافعي في آخر (الدعاوىٰ) : أنه لو باع داراً وادعىٰ : أنها وقف . . لم تسمع بينته ، وهٰذا علىٰ إطلاقه يخالف قول الرافعي في المرابحة .

قالا : وهٰذه مسألة كثيرة الوقوع للحكام ، وسماع البينة فيها مشكل على المذهب ، كما يقتضيه إطلاق الشافعي رضي الله عنه وقدماء الأصحاب[1] .

* * *

---

(١) في هامش (ك) : (فائدة : الذي ذكره الرافعي في آخر « الدعاوىٰ » صورته : ولو ادعى البائع : أنه وقف . . لم تسمع بينته ، والتقييد بالبينة يشعر بأنه تسمع دعواه وله أن يحلف الخصم .

ذكر العراقيون : أنه تسمع بينته أيضاً إذا لم يصرح بأنه ملكه بل اقتصر على البيع .

وفي « البحر » للروياني : أنه لو باع شيئاً ثم قال : بعته وأنا لا أملكه بل ملكته بالإرث من فلان ، فإن قال حين باع : إنه ملكه . . لم تسمع دعواه ، وإن لم تكن بيّنة . . حلف المشتري أنه باعه وهو يملكه ، وقد نص رضي الله عنه عليه في « الأم » ، و غلط من قال غيره ، وكذا لو ادعىٰ أن المبيع وقف عليها) اهـ

وفي هامشها أيضاً : (بلغ مقابلة على نسخة المصنف) .

بَابُ ٱلأُصُولِ وَٱلثِّمَارِ

قَالَ : بِعْتُكَ هَـٰذِهِ ٱلأَرْضَ أَوِ ٱلسَّاحَةَ أَوِ ٱلْبُقْعَةَ ، وَفِيهَا بِنَاءٌ وَشَجَرٌ . فَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي ٱلْبَيْعِ دُونَ ٱلرَّهْنِ . . . .

باب الأصول والثمار

أخذ المصنف هـٰذه الترجمة من « التنبيه » ، ولا تكاد تعرف لغيرهما ، والمراد بـ(الأصول) : الشجر وكل ما يثمر مرة بعد أخرىٰ .

قال : (**قال : بعتك هـٰذه الأرض أو الساحة أو البقعة ، وفيها بناء وشجر . . فالمذهب : أنه يدخل في البيع دون الرهن**) ؛ لأن البيع أقوىٰ ، بدليل : أنه ينقل الملك فاستتبع بخلاف الرهن ، وادعى ابن حزم الإجماع على الاستتباع في البيع ، لا جرم كان القطع بالدخول أظهر الطرق .

والثانية : القطع بعدم الدخول فيهما ؛ لخروجهما عن مسمى الأرض .

قال الشيخ : وهو القياس ، وصححه الإمام والغزالي .

وقال الرافعي : إنه أوضح في المعنىٰ .

والثالثة : قولان بالنقل والتخريج .

والرابعة : يدخلان في البيع وفي الرهن قولان كالحمل .

ومحل الطرق : إذا أطلق ، فإن نص على الدخول . . دخلا ، أو الخروج . . فلا .

ولو قال : بحقوقها . . دخلا عند الأكثرين .

وقيل : لا ؛ لأن الحقوق إنما تقع على الطرق ومجاري الماء ونحوها .

والهبة كالبيع ؛ لأنها تزيل الملك ، ففيها وفي الوقف الخلاف ، والإقرار كالرهن .

والمصنف أطلق الشجر ، ومحله : في الشجر الرطب ، أما اليابس . . فلا يدخل ؛

لأن الغصن اليابس لا يدخل في بيع الشجرة كما سيأتي .

و(الساحة) : الناحية والفضاء بين الأبنية ، والجمع : ساح وساحات وسوح ، والتصغير : سويحة .

و(البقعة) بضم الباء وفتحها : أعلىٰ قطعة في الأرض ، والجمع : بقع .

قال : (**وأصول البقل التي تبقىٰ سنتين ـ كالقت والهندباء ـ كالشجر**) ؛ لبقائها ، فتجري فيها الطرق ، وعن الجويني : القطع بدخولها ؛ لأنها كامنة في الأرض نازلة منزلة أجزائها .

وقول المصنف : (سنتين) هو مثنىٰ لا مجموع ، فيفهم : أن ما يبقىٰ سنة فقط ويثمر مراراً كالبطيخ والخيار ليس كالشجر ، وفيه وجهان في « الحاوي » ، والنص : أنه كالشجر .

و(**القت**) بفتح القاف وتشديد التاء المثناة من فوق : علف الدواب ويقال له : القرط والرطبة .

و(الهندباء) بفتح الدال وكسرها يمد ويقصر معروف .

روى القزويني عن علي رضي الله عنه أنه قال : (علىٰ كل ورقة من الهندباء وزن حبة من ماء الجنة)[1] رواه الحافظ أبو نعيم في « الطب النبوي » عنه صلى الله عليه وسلم بلفظ : « عليكم بالهندباء ؛ فإنه ما من يوم إلا وهو يقطر عليه قطرة من قطر الجنة »[2] .

و(أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب من البقول الهندباء) .

وكذلك الحكم في الكرفس والنعناع والكراث والطرخون ، ولا خلاف أن الجزة الظاهرة عند البيع للبائع فيجب شرط القطع ؛ لئلا يطول فيختلط .

وما ثمره يجنىٰ مرة بعد أخرىٰ كالبنفسج والنرجس والبطيخ والقثاء والباذنجان

---

(١) أخرجه البيهقي في « شعب الإيمان » (٥٩٦٥) .

(٢) أخرجه الديلمي (٤٧٢٤) .

وَلاَ يَدْخُلُ مَا يُؤْخَذُ دَفْعَةً كَٱلْحِنْطَةِ وَٱلشَّعِيرِ وَسَائِرِ ٱلزُّرُوعِ . وَيَصِحُّ بَيْعُ ٱلأَرْضِ ٱلْمَزْرُوعَةِ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَلِلْمُشْتَرِي ٱلْخِيَارُ إِنْ جَهِلَهُ ، . . . .

جميعه كالشجر تجري فيه الطرق المتقدمة .

وأما الموز . . فالصحيح : أنه كالشجر ، وإذا قلنا : إن أصول البقل لا تدخل في بيع الأرض . . فهي باقية على ملك البائع وتبقى كالأشجار ، وإن قلنا : تدخل . . فقد تقدم : أن الجزة الظاهرة للبائع بلا خلاف ، والداخل إنما هو الكامن في الأرض .

قال : (**ولا يدخل ما يؤخذ دفعة كالحنطة والشعير وسائر الزروع**) سواء كان يحصد كالزرع أو يقلع كالجزر والفُجل والثوم والبصل ، سواء أطلق أو قال : بحقوقها ؛ لأنه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأرض كالطلع المؤبر .

قال : (**ويصح بيع الأرض المزروعة على المذهب**) كالدار المشحونة بالأمتعة ، والمراد : المزروعة بزرع يؤخذ دفعة ، كذا قيد الشيخ محل الطرق ، أما إذا كان يحصد مرة بعد أخرى . . فيصح قطعاً ، كذا قاله المتولي .

والرافعي أطلق الوجهين .

والطريق الثاني : تخريجها على القولين في بيع الدار المستأجرة ، وفرق الأصحاب بأن يد المستأجر حائلة .

والثالثة : القطع بالبطلان ؛ لجهالة مدة بقاء الزرع .

قال : (**وللمشتري الخيار إن جهله**)[1] ؛ لتأخير الانتفاع ، فإن تركه له . . سقط خياره .

وصورة المسألة : أن يكون قد رآها بلا زرع ثم اشترى بعد أن زرعت ولم يرها عند العقد ، فلو رضي البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قلعه إن لم يضر قلعه بالأرض . . فلا خيار .

---

(١) في هامش (ك) : (بخلاف ما إذا علم .
نعم ؛ إن ظهر أمر يقتضي تأخير الحصاد عن وقته المعتاد . . فله الخيار ، كما قاله ابن الرفعة) .

وَلاَ يَمْنَعُ ٱلزَّرْعَ دُخُولُ ٱلأَرْضِ فِي يَدِ ٱلْمُشْتَرِي وَضَمَانِهِ إِذَا حَصَلَتِ ٱلتَّخْلِيَةُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَٱلْبَذْرُ كَٱلزَّرْعِ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ أُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مُدَّةَ بَقَاءِ ٱلزَّرْعِ . . . .

قال : (**ولا يمنع الزرع دخول الأرض في يد المشتري وضمانه إذا حصلت التخلية في الأصح**) ؛ لوجود التسليم في عين المبيع .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يقدر على الانتفاع في الحال .

وقول المصنف : (وضمانه) لا حاجة إليه ، ولهـٰذا لم يذكره في « المحرر »[1] .

قال : (**والبذر كالزرع**) ومعناه : أن لكل بذر حكم زرعه ، فإن كان زرعه يدوم كنوى النخل والجوز واللوز وبزر الكراث ونحوه من البقول . . فحكمه في الدخول تحت بيع الأرض كالأشجار ، وإن كانت تؤخذ دفعة واحدة . . فلا ويبقىٰ إلىٰ أوان الحصاد .

ويتخير المشتري عند جهله ، فإن تركه البائع له . . سقط خياره وعليه القبول ، ولو قال : أفرغ الأرض منه ، وأمكن في زمن يسير . . سقط أيضاً .

قال : (**والأصح : أنه لا أجرة للمشتري مدة بقاء الزرع**) لا قبل القبض ولا بعده ؛ لأنه رضي بتلف هـٰذه المنفعة ، فأشبه ما لو باع داراً مشحونة بالأمتعة لا يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ .

والثاني : يجب ، وصححه الغزالي والجرجاني .

ومحل الوجهين : إذا كان المشتري جاهلاً ، فإن علم . . فلا أجرة له قطعاً .

فلو قلع الزرع قبل المدة بجائحة أو جزه البائع . . وجب عليه تسليم الأرض ؛ لأنه إنما استحق من الأرض ما كان صلاحاً لذلك الزرع .

---

(١) في هامش (ك) : (أجاب عن هـٰذا الزركشي بأنه لا يلزم من دخوله في يده ثبوت ضمانه ، فقد تدخل في يده ولا يضمنه بإجارة ونحوها) .

وَلَوْ بَاعَ أَرْضاً مَعَ بَذْرٍ أَوْ زَرْعٍ لاَ يُفْرَدُ بِٱلْبَيْعِ . . بَطَلَ فِي ٱلْجَمِيعِ ، وَقِيلَ : فِي ٱلأَرْضِ قَوْلاَنِ . وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ ٱلأَرْضِ ٱلْحِجَارَةُ ٱلْمَخْلُوقَةُ فِيهَا ، دُونَ ٱلْمَدْفُونَةِ ، وَلاَ خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي إِنْ عَلِمَ ، . . . .

قال : (**ولو باع أرضاً مع بذر أو زرع لا يفرد بالبيع . . بطل في الجميع ، وقيل : في الأرض قولان**) كل من البذر والزرع قد يفرد بالبيع وقد لا يفرد ، فالذي يفرد كالبذر الذي رآه المشتري قبل بذره ولم يتغير وقدر علىٰ أخذه . . يجوز بيعه جزماً ، وكذلك الزرع المرئي المنتفع به ، فإن كان البذر غير معلوم أو تعفن والزرع مستور بالأرض كالفُجل أو بما ليس من صلاحه كالحنطة في سنبلها . . فهٰذا لا يفرد بالبيع ، فإذا باعه مع الأرض . . ففيه الطريقان المذكوران ، ومدركهما ما تقدم في تفريق الصفقة .

فإن جعلنا الإجارة فيما يصح بالقسط . . بطل هنا في الجميع ؛ لتعذر التقسيط ، وإن جعلنا الإجارة بالجميع . . جاء في الأرض القولان : فالصحيح هنا : موافق للصحيح هناك .

وقوله : (لا يفرد) راجع إلى البذر والزرع ، وإنما أفرد الضمير ؛ لأنه بعد العطف بـ(أو) يجب أن يكون كذلك .

قال : (**ويدخل في بيع الأرض الحجارة المخلوقة فيها**) ؛ لأنها من جملة أجزائها ، وكذلك الثابتة فيها ، فإن كانت تضر بالزرع والغرس . . فهٰذا عيب إذا كانت الأرض مما يقصد لذلك .

وفي وجه : أنه ليس بعيب وإنما هو فوات فضيلة .

ومن الذي يدخل في بيعها : السواقي التي تشرب منها الأرض ، وأنهارها ، وعين ماء فيها .

وفي دخول الماء الذي فيها الخلاف الآتي .

قال : (**دون المدفونة**) كالأقمشة والكنوز ، ولأن عادة أهل الحجاز يحفرون الأرض ويدفنون فيها الحجارة إلىٰ وقت الحاجة .

قال : (**ولا خيار للمشتري إن علم**) وإن تضرر بقلع البائع .

وَيلْزَمُ ٱلْبَائِعَ ٱلنَّقْلُ ، وَكَذَا إِنْ جَهِلَ وَلَمْ يَضُرَّ قَلْعُهَا ، وَإِنْ ضَرَّ . . فَلَهُ ٱلْخِيَارُ ، فَإِنْ أَجَازَ . . لَزِمَ ٱلْبَائِعَ ٱلنَّقْلُ وَتَسْوِيَةُ ٱلأَرْضِ ، وَفِي وُجُوبِ أُجْرَةِ مِثْلِ مُدَّةِ ٱلنَّقْلِ أَوْجُهٌ ، أَصَحُّهَا : تَجِبُ إِنْ نَقَلَ بَعْدَ ٱلْقَبْضِ لاَ قَبْلَهُ . وَيَدْخُلُ فِي بَيْعِ ٱلْبُسْتَانِ : ٱلأَرْضُ وَٱلشَّجَرُ وَٱلْحِيطَانُ ، . . . .

قال : (**ويلزم البائع النقل**) ؛ تفريغاً لملك المشتري ، بخلاف الزرع ؛ فإن له أمداً ينتظر .

قال : (**وكذا إن جهل ولم يضر قلعها**) ؛ لزوال العيب من غير ضرر ، وللبائع النقل ، ويلزمه تسوية الأرض .

قال : (**وإن ضر . . فله الخيار**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

قال : (**فإن أجاز . . لزم البائع النقل وتسوية الأرض**) سواء كان النقل قبل القبض أو بعده ؛ وذلك بأن يعيد التراب المزال بالقلع من فوق الحجارة مكانه .

ويبعد أن يقال : يسويها بتراب آخر من خارج أو مما فيها ؛ لأن في الأول : إيجاب عين لم تدخل في البيع ، وفي الثاني : تغيير المبيع .

قال : (**وفي وجوب أجرة مثل مدة النقل أوجه أصحها : تجب إن نقل بعد القبض لا قبله**) أما عدم وجوبها قبل القبض . . فلأن ذلك كتعييب البائع ، وهو كالآفة السماوية على الأصح .

وأما وجوبها بعد القبض . . فلتفويته على المشتري منفعة تلك المدة .

والوجه الثاني : تجب قبل القبض وبعده ، ومأخذه جعل جناية البائع كالأجنبي .

والثالث : لا تجب قبل القبض ولا بعده ؛ لأن قبض الأرض وفيها الحجارة ليس قبضاً تاماً .

قال الرافعي : ويجري هـٰذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية عيب ، واستبعده الشيخ .

قال : (**ويدخل في بيع البستان : الأرض والشجر والحيطان**) ؛ لدخولها في

وَكَذَا ٱلْبِنَاءُ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ ، وَفِي بَيْعِ ٱلْقَرْيَةِ : ٱلْأَبْنِيَةُ وَسَاحَاتٌ يُحِيطُ بِهَا ٱلسُّورُ ، لاَ ٱلْمَزَارِعُ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

مسماه ، وكذلك (الباغ) وهو : البستان بالعجمية ، و(الكرم) أيضاً يطلق في الشام والعراق والعجم على البستان سواء كان فيه عنب أم لا[1] .

فإذا قال : بعتك الباغ أو الكرم أو البستان . . دخل في البيع : الأرض والأشجار والحيطان بلا خلاف ، وكذا قضبان الشجر ، إلا ما لا يدخل في بيع الشجرة من اليابس ، وأوراق الفرصاد ، وأغصان الخلاف ، ويدخل في بيع الكرم : العريش على الأصح .

و(البستان) معرب ، وجمعه : بساتين .

قال : (**وكذا البناء على المذهب**) ؛ لدخوله في مسماه أيضاً ، بل لا يسمىٰ بستاناً إلا بذلك ، ورجح الغزالي مقابله .

ونسبة الأبنية إلى البستان كنسبة الشجر إلى الدار ، فإذا باع داراً وفيها شجر . . ففي دخولها فيها الطرق التي في بيع الأرض .

وفي وجه ثالث : إن كثرت بحيث لا تسمىٰ بستاناً . . لم تدخل ، وإلا . . دخلت .

قال : (**وفي بيع القرية : الأبنية وساحات يحيط بها السور**) ؛ لدخولها في الاسم ، ودخل عين السور ، ولا بد منه ؛ لأن كل ذلك داخل تحت اسمها ، وينبغي أن يدخل حريمها في بيعها كما في حريم الدار .

قال : (**لا المزارع على الصحيح**) ؛ لأنه لو حلف : لا يدخل قرية . . لم يحنث بدخول مزارعها .

والثاني ـ وهو قول الإمام والغزالي ـ : أنها تدخل ، وعن ابن كَجّ : إن قال : بحقوقها . . دخلت ، وإن اقتصر عليها . . لم تدخل قطعاً .

---

(١) في هامش (ت) : (قوله : « والكرم أيضاً يطلق في الشام . . . إلخ » لعله في بعض بلاد الشام ؛ فإن بحماة من بلاد الشام وما يقرب منها إنما يطلق الكرم على شجر العنب المسقىٰ بماء السماء ، وأما الذي يسقى من نهر ونحوه . . يقال له : « دالية » باللام . والله أعلم) .

وَفِي بَيْعِ ٱلدَّارِ : ٱلأَرْضُ ، وَكُلُّ بِنَاءٍ حَتَّىٰ حَمَّامُهَا ، لاَ ٱلْمَنْقُولُ كَٱلدَّلْوِ وَٱلْبَكَرَةِ وَٱلسَّرِيرِ ، . . . .

قال : (**وفي بيع الدار : الأرض ، وكل بناء**) ؛ لأن الدار اسم للأرض والبناء فيدخل الكانون والتنور المبنيان .

وفي البناء قول غريب بعيد : إنه لا يدخل .

ولا فرق في البناء بين العلو والسفل ، وتدخل : الأجنحة ، والرواشن ، والدرج ، والمراقي المعقودة ، والآجر ، والبلاط المفروش ، وتدخل المظلة التي علىٰ بابها مبنية علىٰ جدارها ، خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : أنها كالميزاب ، وهو متفق علىٰ دخوله .

قال : (**حتىٰ حمامها**) ؛ لأنه من جملة مرافقها .

وحكي عن نصه : أن الحمام لا يدخل ، وحمله الربيع علىٰ (حمامات الحجاز) وهي : بيوت من خشب تنقل .

قال : (**لا المنقول كالدلو والبكرة والسرير**) ؛ لخروجها عن مسماها .

و(الدلو) بفتح الدال ، الغالب عليه التأنيث .

و(البكرة) بفتح الكاف وإسكانها لغتان ، والمراد : بكرة البئر التي يستقىٰ عليها ، وجمعها : بكَر بالتحريك .

قال الجوهري : وهو من شواذ الجمع ؛ لأن فعلة لا تجمع علىٰ فعل إلا أحرفاً يسيرة ، وتجمع علىٰ : بكرات .

قال الراجز :

شـرُّ الـدِّلاءِ الـوَلْغـةُ المـلازمـهْ والبَكَـراتُ شَـرُّهـنَّ الصـائمـهْ[1]

يعني : التي لا تدور .

---

(١) **الولغة** : الدلو الصغيرة ، وإنما كانت ملازمةً ؛ لأنك لا تقضي حاجتك بالاستقاء منها .

وَتَدْخُلُ ٱلْأَبْوَابُ ٱلْمَنْصُوبَةُ وَحِلَقُهَا وَٱلْإِجَّانَاتُ وَٱلرَّفُّ وَٱلسُّلَّمُ ٱلْمُسَمَّرَانِ ، وَكَذَا ٱلْأَسْفَلُ مِنْ حَجَرَيِ ٱلرَّحَىٰ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، وَٱلْأَعْلَىٰ ، وَمِفْتَاحُ غَلَقٍ مُثْبَتٌ فِي ٱلْأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**وتدخل الأبواب المنصوبة وحلقها والإجانات والرف والسلم المسمران**) ؛ لأن الجميع معدود من أجزاء الدار ؛ لاتصالها بها ، أما المقلوعة . . فلا تدخل .

وتدخل : الأغاليق المثبتة والضبات قطعاً ، وما أثبت من الخوابي والدنان ، وخشب القصار ، ومعجن الخباز ، والدرابزين ، وصندوق الطحان الذي يجعل فيه القمح فوق الحجر على الأصح في الجميع .

و(الإجانات) جمع : إجانة ، وهي : الإناء الذي تغسل فيه الثياب ، وفيها ثلاث لغات : كسر الهمزة وتشديد الجيم ، وفتح الهمزة ، وكسرها مع التخفيف .

و(السلم) : المرقاة ، تذكر وتؤنث ، ولفظه مأخوذ من السلامة .

قال : (**وكذا الأسفل من حجري الرحىٰ على الصحيح**) إذا كان مثبتاً ؛ لأنها تعد في العرف جزءاً لاتصالها .

والثاني ـ وهو الأقيس عند الإمام ـ : لا يدخل ؛ لأنه منقول ، ووقع في « الكفاية » : أنه لا خلاف في اندراج الأسفل ، والخلاف فيه في غالب الكتب .

و(الرحىٰ) معروفة مؤنثة ، والألف منقلبة من الياء ، تقول : هما رحيان ، والجمع : أرحاء .

قال : (**والأعلىٰ ، ومفتاح غلق مثبت في الأصح**) ؛ لأنهما تابعان لشيء مثبت .

والثاني : لا ، كسائر المنقولات ، والوجهان في الأعلىٰ إذا أدخلنا الأسفل ، وإلا . . فلا يدخل قطعاً ، و الوجهان يجريان في ألواح الدكاكين ، ولا خلاف في اندراج الحجرين في اسم الطاحون[1] .

---

(١) في هامش (ج) : (فرع : لو قال : بعتك هـٰذه الطاحون . . قال الإمام : دخل الحجر الأسفل لا محالة ، وفي الأعلىٰ خلاف : الأظهر : دخوله) اهـ والله أعلم .

. . . .

غريبة :

جرت العادة بأن مشتري العقار يأخذ كتب أصوله من البائع ، فتدخل في البيع تبعاً ـ كمفتاح الغلق المثبت ـ وتصير المكاتيب منتقلة إلى المشتري تبعاً للعقار ، وينزل الأمر في ذلك على العادة ، فإن كان للبائع بقية حق في المكتوب .. يخصم مكتوبه ويسلم إليه ؛ لبقاء الحق الذي فيه ، وإذا لم يبق له فيه حق .. أمر بتسليمه للمشتري ، كذا أفتىٰ به مشايخ العصر .

والمنقول في المسألة : أن من باع شيئاً لا يلزمه تسليم كتب الأصل إلى المشتري ؛ لأنها ملكه[1] ، وحجته عند الدرك كما جزم في « الكفاية » ، وسيأتي في (كتاب القضاء) عند قول المصنف : (أو أن يكتب له محضراً بما جرىٰ من غير حكم أو سجلاً بما حكم به استحب)[2] .

فروع :

الأول : لا بد في بيع الدار من ذكر الحدود الأربعة ، فلو اقتصر علىٰ حدين .. لم يكف ، وإن ذكر ثلاثة ، فإن كانت لا تتميز بذكرها .. لم يصح ، وإن تميزت بذلك .. فالصحيح : الصحة .

وقيل : لا بد من ذكر الرابع .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ت) : (قال في « الروضة » في آخر الباب الثالث في « القضاء على الغائب » [١١/٢٠٠] : « ولو طالبه بتسليم الكتاب الذي ثبت الحق به .. لم يلزمه دفعه إليه ، وكذا من له كتاب بدين فاستوفاه ، أو بعقار فباعه .. لم يلزمه دفعه إلى المستوفىٰ منه ولا إلى المشتري ؛ لأنه ملكه ، ولأنه قد يظهر استحقاقه فيحتاج إليه » . انتهت عبارة « الروضة » .

فهـٰذا يخالف ما قرره الشارح من أن كتب الأصول كمفتاح الغلق المثبت منتقلة إلى المشتري .

لا مخالفة كما توهمه هـٰذه الحاشية ؛ لأنه نقل صدر الكلام مستغرِباً له وبيّن المنقول المعتمد آخره ، فليتأمل) .

وقال ابن الرفعة : الذي يظهر من كلام الأصحاب الصحة إذا تميزت بغير ذكر الحدود[١] .

ونقل الرافعي في (القضاء على الغائب) عن ابن أبي عصرون[٢] : أنه يكتب إلىٰ قاضي بلد المال في العقار الحدود الأربعة ، ولا يجوز الاقتصار علىٰ حدين أو ثلاثة .

قال الشيخ : ولا يخفى الفرق بين البيع وكتابة القاضي ، فالأولىٰ في البيع عند التمييز : الصحة ، وسيأتي الفرع في (الإجارة) و(الوقف) و(القضاء على الغائب) و(الدعاوىٰ) إن شاء الله تعالىٰ .

الثاني : باع داراً فيها تراب . . قال البغوي : إن كان مفروشاً فيها أو مجموعاً جعل دكة للتأبيد . . دخل ، وإن جمع للنقل أو الاستعمال عند الحاجة . . لم يدخل[٣] .

الثالث : يدخل البئر والصهريج قطعاً ، أما الماء الذي في البئر ، فإن قلنا : لا يملك . . لم يدخل في البيع وكل من حازه ملكه ، وإن قلنا : يملك ، وهو الأصح . . فالموجود منه عند البيع كالثمرة المؤبرة ، إن شرط . . دخل ، وإن لم يشرط . . لم يدخل ، ويفسد البيع ؛ لاختلاطه بما سيحدث علىٰ ملك المشتري كالثمرة المتلاحقة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ت) و(ك) : (صوابه : عن ابن القاص ، وعبارة الرافعي رحمه الله في « القضاء على الغائب » : وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة ، ولا يجوز الاقتصار علىٰ حدين أو ثلاثة ، كذا ذكره ابن القاص في « أدب القضاء ») .

(٣) في هامش (ج) : (فرع حكاه الماوردي : إذا اتصل بالدار ساباط على حائط من حدودها فثلاثة أوجه :
أحدها : يدخل كالجناح .
والثاني : لا يدخل إلا بالسقوط كالساحة والحجرة .
والثالث ـ خرجه أبو العباس ـ : إن كان كل من طرفي الساباط مطروحاً على حائط لهٰذه الدار . . لم يدخل ، قال ابن أبي عصرون : وهو أصح ، نقله الشيخ تقي الدين السبكي في « شرحه على المنهاج » .
فرع : باع داراً على بابها مظلة مبنية على جدارها . . تدخل في البيع ، خلافاً لأبي حنيفة .
لنا : أنها جزء من الدار ، فإذا دخل المرزاب . . فهٰذه أولى) اهـ

وفي وجه غريب : أن الماء يتبع في البيع كالثمرة غير المؤبرة ، وصححه ابن أبي عصرون ، وعمل الناس عليه في شراء الدور والبساتين ، وهو خلاف المشهور[1] .

ولو باع ماء البئر وحده . . لم يصح ؛ لعدم إمكان تسليمه .

وأما ماء الصهريج . . فلا يدخل في البيع كسائر المائعات .

الرابع : يدخل في بيع السفينة آلاتها المتصلة ، وفي دخول المنفصلة التي لا يستغنىٰ عنها كالقلع والمجاذيف وجهان ، كالوجهين في المفتاح[2] .

قال : (**وفي بيع الدابة : نعلها**) أي : المسمر فيها ؛ لأن العرف يقضي باستتباعه ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، وكذا بُرَة البعير[3] إلا أن تكون من ذهب أو فضة فلا تدخل ، ولا يدخل الحبل والسرج واللجام .

قال : (**وكذا ثياب العبد في بيعه في الأصح**) ؛ للعرف ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة .

وعلىٰ هـٰذا : في اشتراط رؤيتها نظر ، والمراد به : ثيابه التي عليه حال البيع ، ولو عبر المصنف بالرقيق . . كان أشمل .

وأصل هـٰذه المسألة : ما رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما [خ ٢٣٧٩ـ م ١٥٤٣/٨٠] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من باع عبداً وله مال . . فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع » وفيه دليل لمالك .

والقول القديم : أن العبد يملك بتمليك السيد .

وقال الشافعي في الجديد وأبو حنيفة : لا يملك ، وتأولا الحديث علىٰ أن

---

(١) في (ج) ونسخة بهامش (ك) عبارة قريبة بزيادة : (كذا في « الرافعي » ، والعجب أنه في « باب الربا » ذكر من صور مد عجوة : بيع الدار المشتملة على المعدن والبئر بمثلها ، وصحح الصحة للتبعية .

قال الشيخ : ولا جواب عن هـٰذا إلا أن يقال : إن الماء ولو شرط دخوله لا يقصد بالعوض وإنما يشترط لتصحيح العقد) .

(٢) في هامش (ك) : (ومقتضاه الدخول) .

(٣) قال في « الدقائق » : البرة : حلقة في أنف البعير .

قُلْتُ : ٱلأَصَحُّ : لاَ تَدْخُلُ ثِيَابُ ٱلْعَبْدِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ .

فَرْعٌ :

بَاعَ شَجَرَةً . . دَخَلَ عُرُوقُهَا وَوَرَقُهَا ـ وَفِي وَرَقِ ٱلتُّوتِ وَجْهٌ ـ . . . .

المراد : أن يكون في يد العبد شيء من مال السيد فأضيف إليه للاختصاص ، كما يقال : رحل الدابة ، وسرج الفرس ، فإذا باع السيد العبد . . فذلك المال للبائع ؛ لأنه ملكه إلا أن يشترطه المبتاع فيصح ، ويكون قد باع العبد والمال بثمن واحد ، وذلك جائز بشرط الاحتراز عن الربا .

ومحل هـٰذا : إذا قال : بعتك هـٰذا العبد بما له ، فإن قال : وما له . . فلا تبعية وكل منهما مقصود تشترط فيه جميع شروط البيع ، ولو رده بعيب . . رد مع ما له .

قال : (**قلت : الأصح : لا تدخل ثياب العبد والله أعلم**) ؛ اقتصاراً على اللفظ ، كما أن سرج الدابة لا يدخل في بيعها ، ونسب الماوردي هـٰذا القول إلىٰ جميع الفقهاء .

والثالث : يدخل ساتر العورة فقط للضرورة ، ومحل هـٰذه الأوجه : في الثياب إذا كان لابسها .

تتمة :

لا يدخل القرط الذي في أذن الرقيق ولا الخاتم الذي في يده بلا خلاف ، وجعلوا المداس كذلك ، والقياس : أن يكون كالثياب .

قال :(**فرع :**

باع شجرة) إما مفردة أو مع الأرض بالتصريح أو تبعاً علىٰ قول التبعية لها .

قال : (**. . دخل عروقها ، وورقها**) كثمار سائر الأشجار .

قال : (**وفي ورق التوت وجه**) ؛ لأنه يقصد لتربية الدود فكان كالثمرة ، لـٰكن شرطه : أن يكون في زمن الربيع ، وأن يكون توته أبيض ، ولهـٰذا عدل المصنف عن تعبير « المحرر » بورق الفرصاد[1] وأن يكون ورق الأنثىٰ ؛ لأن ورق الذكر لا يصلح

---

(١) الفرصاد : التوت الأحمر .

لذلك كما قاله في « المطلب » ، وأجرىٰ بعضهم هـٰذا الوجه في ورق النَّبِق .

وفي « البيان » : شجر الحناء يجوز أن يكون كالفرصاد ، ويجوز أن يقطع بأنه للبائع ؛ لأنه لا ثمرة له إلا الورق ، وألحق القمولي بذلك ورق النيلة[1] .

و(التوت) بالمثناة في آخره على الأشهر .

قال : (**وأغصانها**) ؛ لاشتمالها عليها ، وعبارته تشمل : أغصان الخلاف ، وفيها اختلاف في كلام الإمام : جزم هنا بالدخول ، وفي (باب الوقف) بعدمه ، وحكىٰ في (باب الرهن) وجهين مطلقين .

وقال القاضي حسين : لا تدخل أغصان الخلاف ؛ لأنها كالثمرة .

ومن محاسن كلام ابن يونس : وفي أغصان الخلاف خلاف ، وفي « الصحاح » و« المحكم » و« كفاية المتحفظ » و« عجائب المخلوقات » : أن (الخلاف) : الصفصاف ، والصواب : أنه شجر البان وأغصانه ثمرته التي تشم ، لـٰكن في الصفصاف نوع بأرض الشام يقال له : الحلاف بالحاء المهملة وتخفيف اللام[2] .

قال : (**إلا اليابس**) فلا يدخل في بيع الشجرة الرطبة ؛ لأن العادة فيه القطع كالثمرة .

قال البغوي : ويحتمل أن يدخل كالصوف على الظهر ، وفيه نظر .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح ، وبه جزم ابن المقري في « روضه ») .

(٢) في هامش (ت) : « الخلاف ـ وزان كتاب ـ شجر [الصفصاف] معروف ، الواحدة : خلافة ، ونصوا علىٰ تخفيف اللام ، وزاد الصغاني : وتشديدها من لحن العوام .
قال الدينوري : زعموا أنه سمي خلافاً ؛ لأن الماء أتىٰ به سبياً فنبت مخالفاً لأصله .
ويحكىٰ : أن بعض الملوك مر بحائط فرأىٰ شجر الخلاف ، فقال لوزيره : ما هـٰذا الشجر؟ فكره الوزير أن يقول : شجر الخلاف ؛ لنفور النفس عن لفظه ، فسماه : شجر الوفاق ، فأعظمه الملك لنباهته .
ولا يكاد يوجد في البادية » اهـ فيومي في « المصباح المنير ») .
وفي هامش (ك) : (جمع بينهما بما قاله القاضي : أن الخلاف نوعان : ما يقطع من أصله . . فتدخل أغصانه ، وما تترك ساقه وتؤخذ أغصانه . . فلا تدخل) .

وَيَصِحُّ بَيْعُهَا بِشَرْطِ ٱلْقَطْعِ أَوِ ٱلْقَلْعِ ، وَبِشَرْطِ ٱلإِبْقَاءِ ، وَٱلإِطْلاَقُ يَقْتَضِي ٱلإِبْقَاءَ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَدْخُلُ ٱلْمَغْرِسُ لَـٰكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَهُ مَا بَقِيَتِ ٱلشَّجَرَةُ . . . . .

قال : (**ويصح بيعها بشرط القطع أو القلع**) سواء كانت رطبة أو يابسة ، وتدخل العروق عند شرط القلع لا القطع بل تبقىٰ للبائع .

قال : (**وبشرط الإبقاء**) إذا كانت رطبة ، فإن كانت يابسة . . لزم المشتري تفريغ الأرض منها كما سيأتي .

فلو شرط إبقاءها لم يصح البيع كبيع ثمرة مؤبرة بشرط عدم القطع أوان الجذاذ .

قال : (**والإطلاق يقتضي الإبقاء**) تحكيماً للعادة .

فلو استخلف شيء من الشجرة حولها . . هل يستحق إبقاؤه كالأصل أو يؤمر المشتري بقطعه؟ قال القمولي : فيه احتمالان : والأول : أظهر[1] .

وقال ابن الرفعة : إن علم استخلافه كشجر الموز . . فلا شك في وجوب إبقائه .

قال : (**والأصح : أنه لا يدخل المغرس**) حيث استحق الإبقاء سواء كان بالشرط أم بالإطلاق ؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله .

والثاني : دخل ؛ لأنه يستحق الانتفاع به لا إلىٰ غاية .

و(المغرس) بكسر الراء : موضع الغرس .

قال الشيخ : والقول بملكه . . فيه إشكالٌ من جهة : أن الشجرة تكبر وتمتد عروقها فيؤدي إلىٰ أن يتجدد له ملك في كل وقت لما لم يملكه عند البيع ، ولا خلاف : أن مغرس اليابسة لا يدخل .

ثم إذا قلنا بدخول المغرس فانقلعت الشجرة أو قلعها المالك . . كان له أن يغرس بدلها ، وله أن يبيع المغرس ، وعلى الأصح : ليس له ذلك .

قال : (**لـٰكن يستحق منفعته ما بقيت الشجرة**) بحكم الاستتباع .

قال ابن الرفعة : مما تعم به البلوىٰ ولم أقف فيه علىٰ نقل : أن يبيع البناء والأرض مستأجرة معه ولم تنقض مدة الإجارة وعلم المشتري ذلك هل نقول : يستحق الإبقاء

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ كَانَتْ يَابِسَةً . . لَزِمَ ٱلْمُشْتَرِيَ ٱلْقَلْعُ . وَثَمَرَةُ ٱلنَّخْلِ ٱلْمَبِيعِ إِنْ شُرِطَتْ لِلْبَائِعِ أَوْ لِلْمُشْتَرِي . . عُمِلَ بِهِ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ لَمْ يَتَأَبَّرْ مِنْهَا شَيْءٌ . . فَهِيَ لِلْمُشْتَرِي ، وَإِلاَّ . . فَلِلْبَائِعِ . . . .

بقية المدة بغير عوض ـ كما لو كانت مملوكة له ـ أو بالأجرة؟ قال : والأشبه : الثاني ، والعمل عليه[1] .

ولو كانت الأرض موصى له بمنفعتها . . فيشبه إلحاقها بالمملوكة حتىٰ لا يستحق عليه أجرة في حياته ولا بعد مماته[2] .

قال : (**ولو كانت يابسة . . لزم المشتري القلع**) ؛ لاقتضاء العرف ذلك .

قال : (**وثمرة النخل المبيع إن شرطت للبائع أو للمشتري . . عمل به**) سواء كانت قبل التأبير أو بعده وفاء بالشرط .

قال المتولي : وكذلك إذا شرط غير المؤبر للمشتري . . فهو تأكيد .

قال الشيخ : وينبغي أن يكون كشرط الحمل[3] .

قال : (**وإلا : فإن لم يتأبر منها شيء . . فهي للمشتري ، وإلا . . فللبائع**) .

روى الشيخان [خ ٢٢٠٤ـ م ١٥٤٣/٧٧] عن ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلاً قد أبرت . . فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع » .

دل بمنطوقه علىٰ : أن المؤبر للبائع .

وبمفهوم الشرط علىٰ : أن ما لم يؤبر للمشتري .

ودل الاستثناء علىٰ : أنها تكون للمشتري عند اشتراطها له .

وخالف أبو حنيفة فقال : تبقى الثمار للبائع أبرت أم لم تؤبر .

واقتضت عبارة المصنف : أنه لا فرق بين طلع الإناث والذكور وهو الأصح .

---

(١) في هامش (ك) : (يقال عليه : بل الأشبه أن المؤجرة والموصىٰ بمنفعتها مدة معينة كذلك تلك المدة . فتأمل) ورمز له بالصحة .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (هو ضعيف) .

وَمَا يَخْرُجُ ثَمَرُهُ بِلاَ نَوْرٍ - كَتِينٍ وَعِنَبٍ - إِنْ بَرَزَ ثَمَرُهُ.. فَلِلْبَائِعِ ، وَإِلاَّ.. فَلِلْمُشْتَرِي . . . .

وقيل : إن طلع الذكر.. للبائع مطلقاً تشقق أم لم يتشقق ؛ لأنه ثمرة ، وحيث حكمنا بأن الثمرة للبائع.. فالكمام للمشتري .

و(التأبير) في اللغة : وضع طلع الذكور في الإناث بعد تشققها ، وفي إطلاق كثيرين : أنه التشقق ؛ وهو المراد هنا سواء كان بنفسه أم بغيره ، ولهٰذا عدل المصنف عن (تؤبر) إلىٰ (يتأبر) ؛ لأن المقصود الظهور ، لا يعرف في ذلك خلاف بين العلماء إلا أن ابن حزم جَمَدَ جموداً عجيباً فقال : إن ظهرت بغير تأبير.. لم يحل اشتراطها .

تنبيه :

الثمرة غير المؤبرة تتبع في البيع والصلح والإجارة[1] والصداق والخلع قطعاً ، ولا تتبع في الرجوع بالطلاق قطعاً ، وهل تتبع في الرجوع بالفلس ، أو تتبع المرهون بغير رضا الراهن ، وفي الهبة والوصية ، ورجوع الوالد في هبة ولده؟ وجهان[2] .

قال : (**وما يخرج ثمره بلا نور كتين وعنب**) وكذلك الجوز والفستق (**إن برز ثمره.. فللبائع ، وإلا.. فللمشتري**) ؛ لأن الظهور هنا كالتشقق في النخل ، فإن ظهر بعضه دون بعض ، فما ظهر.. فللبائع ، وما لم يظهر.. للمشتري ، قاله البغوي وغيره .

قال الرافعي : وهو محل التوقف .

وقد صرح المتولي والروياني بذلك في التين ، وقالا : لا خلاف فيه ، وفرقا بينه وبين النخل ؛ بأن ثمرة النخل ثمرة عام واحد وهي لا تحمل في السنة إلا مرة ، والتين

---

(١) في هامش (ت) : (قوله : « في الإجارة » فيه نظر ؛ إذ استئجار الشجرة لثمرها لا يصح ، واستئجار الأرض لا يدخل فيه أشجارها) اهـ.
وفي هامش (ك) : (بأن جعل الشجر أجرة أو صداقاً أو عوض خلع) .

(٢) في هامش (ك) : (أصحهما في الجميع : عدم التبعية) .

وَمَا يَخْرُجُ فِي نَوْرِهِ ثُمَّ يَسْقطُ كَمِشْمِشٍ وَتُفَّاحٍ . . فَلِلْمُشْتَرِي إِنْ لَمْ تَنْعَقِدِ ٱلثَّمَرَةُ ، وَكَذَا إِنِ ٱنْعَقَدَتْ وَلَمْ يَتَنَاثَرِ ٱلنَّوْرُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَبَعْدَ ٱلتَّنَاثُرِ لِلْبَائِعِ . وَلَوْ بَاعَ نَخَلاَتِ بُسْتَانٍ مُطْلِعَةً وَبَعْضُهَا مُؤَبَّرٌ . . فَلِلْبَائِعِ ، . . . .

يحمل حملين مرة بعد أخرىٰ ، فكانت الأولىٰ للبائع ، والثانية للمشتري ، والتوت الشامي كالتين[1] .

و(النور) : الزهر علىٰ أي لون كان .

وقيل : النور : ما كان أبيض ، والزهر : ما كان أصفر .

قال : (**وما يخرج في نوره ثم يسقط**) أي : النور (**كمشمش وتفاح . . فللمشتري إن لم تنعقد الثمرة**) ؛ لأنها كالمعدومة ، وكذا الكمثرىٰ والإجاص والسفرجل والخوخ وشبهه ، والله أعلم .

و(المشمش) بكسر الميمين على المشهور ، وعن أبي عبيدة فتحهما أيضاً .

قال : (**وكذا إن انعقدت ولم يتناثر النور في الأصح**) ؛ قياساً علىٰ ثمرة النخل إذا لم يتشقق عنها الكمام .

والثاني : أنها للبائع ؛ لأنها كالثمرة المؤبرة التي عليها القشر الرقيق .

قال : (**وبعد التناثر للبائع**) ؛ لظهورها ، ومن هـٰذا القسم : الرمان واللوز ، ومن الرياحين : الورد والياسمين .

قال : (**ولو باع نخلات بستان مطلعة وبعضها مؤبر . . فللبائع**) ؛ لأن الباطن صائر إلى الظهور ، وإنما لم يفرد كل واحد بحكم ؛ لأجل المشقة وسوء المشاركة واختلاف الأيدي ، فأتبعنا الباطن للظاهر ؛ لأنه أولىٰ من العكس ، كما جعلنا أساس الدار تابعاً لها .

وذكر المصنف (النخلات) علىٰ سبيل المثال ، فلو باع البستان كله . . كان كذلك .

---

(١) في هامش (ج) : (هو النص) .

فَإِنْ أَفْرَدَ مَا لَمْ يُؤَبَّرْ . . فَلِلْمُشْتَرِي فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَلَوْ كَانَتْ فِي بُسْتَانَيْنِ . . فَٱلْأَصَحُّ : إِفْرَادُ كُلِّ بُسْتَانٍ بِحُكْمِهِ . وَإِذَا بَقِيَتِ ٱلثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ ، فَإِنْ شَرَطَ ٱلْقَطْعَ . . لَزِمَهُ ، وَإِلاَّ . . فَلَهُ تَرْكُهَا إِلَى ٱلْجَذَاذِ . . . .

ومحل الاتفاق علىٰ هـٰذا : إذا كانت من نوع واحد ، فإن اختلف النوع . . فكذلك في الأصح .

وقال ابن خيران : المؤبر للبائع ، وغيره للمشتري .

قال : (**فإن أفرد ما لم يؤبر . . فللمشتري في الأصح**) ؛ لأن التبعية قد انقطعت بإفراده بالبيع .

والثاني : للبائع ؛ اكتفاء بدخول وقت التأبير .

قال : (**ولو كانت في بستانين . . فالأصح : إفراد كل بستان بحكمه**) ؛ لأن اختلاف البقاع له أثر بيِّن في وقت التأبير .

والثاني : أن غير المؤبر يتبع المؤبر ؛ لأنهما اجتمعا في صفقة واحدة فأشبها نخيل البستان الواحد ، ولا فرق بين أن يكونا متلاصقين أو متباعدين ، إلا أن ابن الرفعة اشترط أن يكونا في إقليم واحد .

قال الشيخ : وظاهر إطلاقه : أنه لا فرق بين أن يتحد النوع أو يختلف ، وهو فيما إذا اتحد مصرح به ، وفيما إذا اختلف غريب .

أما إذا قلنا بعدم التبعية في البستان الواحد . . ففي البستانين أولىٰ ، وشرط التبعية : اتحاد المالك ، فلو باع نخيله أو بستانه المؤبر مع شيء لغيره لم يتأبر . . لم يتبعه في الأصح .

قال : (**وإذا بقيت الثمرة للبائع**) إما بالشرط ، وإما بالحكم عند التأبير .

قال (**فإن شرط القطع . . لزمه**) ؛ وفاء به .

قال : (**وإلا . . فله تركها إلىٰ**) أوان (**الجذاذ**) ؛ تحكيماً للعادة ، كما يجب تبقية الزرع إلىٰ أوان الحصاد وإبقاء المتاع في السفينة في اللجة إلى الوصول إلى الشط ، ثم إذا جاء أوان الجذاذ . . ليس له الصبر حتىٰ يأخذها على التدريج ولا تأخيرها إلىٰ تناهي نضجها ، بل المعتبر في ذلك العادة .

وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا ٱلسَّقْيُ إِنِ ٱنْتُفِعَ بِهِ ٱلشَّجَرُ وَٱلثَّمَرُ ، وَلاَ مَنْعَ لِلآخَرِ ، وَإِنْ ضَرَّهُمَا . . لَمْ يَجُزْ إِلاَّ بِرِضَاهُمَا ، وَإِنْ ضَرَّ أَحَدَهُمَا وَتَنَازَعَا . . فُسِخَ ٱلْعَقْدُ إِلاَّ أَنْ يُسَامِحَ ٱلْمُتَضَرِّرُ ، وَقِيلَ : لِطَالِبِ ٱلسَّقْيِ أَنْ يَسْقِيَ . وَلَوْ كَانَ ٱلثَّمَرُ يَمْتَصُّ رُطُوبَةَ ٱلشَّجَرِ . . لَزِمَ ٱلْبَائِعَ أَنْ يَقْطَعَ أَوْ يَسْقِيَ . . . .

هـٰذا إذا لم تكن الثمرة مما يعتاد قطعه قبل النضج ، فإن كان كذلك كاللوز الأخضر في بلاد لا ينتهي فيها . . كلف البائع قطعها قبل ذلك ؛ لأن هـٰذا أوان جذاذها .

وكذلك إذا تعذر السقي لانقطاع الماء وعظم ضرر النخل ببقاء الثمرة . . فالأصح : أنه ليس له الإبقاء .

و(الجذاذ) بذالين معجمتين : القطع ، و﴿ عَطَآءً غَيْرَ مَجْذُوذٍ ﴾ أي : غير مقطوع ، بل هو ممتد إلىٰ غير نهاية .

قال : (**ولكل منهما السقي إن انتفع به الشجر والثمر ، ولا منع للآخر**) ؛ لأن المنع من ذلك إضرار وقد نهي عنه .

قال : (**وإن ضرهما . . لم يجز إلا برضاهما**) ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما ، فإن رضيا . . جاز .

قال : (**وإن ضر أحدهما وتنازعا . . فسخ العقد**) ؛ لعدم أولوية أحدهما على الآخر ، وهل يفسخ البائع أو الحاكم؟ فيه في « المطلب » وجهان[1] .

قال : (**إلا أن يسامح المتضرر**) فلا فسخ ؛ لزوال النزاع .

قال : (**وقيل : لطالب السقي أن يسقي**) ؛ لدخول الآخر في العقد علىٰ ذلك ، وحيث احتاج البائع إلىٰ سقي ثمرته . . كانت المؤنة عليه .

قال : (**ولو كان الثمر**) أي : الباقي علىٰ ملك البائع (**يمتص رطوبة الشجر . . لزم البائع أن يقطع أو يسقي**) ؛ دفعاً لضرر المشتري ، فإن تعذر السقي لانقطاع الماء . . ففيه القولان السابقان .

---

(١) في هامش (ك) : (المعتمد علىٰ ما قاله الزركشي : أن لكل من المتبايعين والحاكم الفسخ ، ويردّ بأن ما قاله متفرع علىٰ أن الحاكم في باب التحالف هو الذي يفسخ ، أما على المذهب . . فلا يفسخ إلا المتضرر) .

فَصْلٌ :

يَجُوزُ بَيْعُ ٱلثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلاَحِهِ مُطْلَقاً ، وَبِشَرْطِ قَطْعِهِ ، وَبِشَرْطِ إِبْقَائِهِ .
وَقَبْلَ ٱلصَّلاَحِ إِنْ بِيعَ مُنْفَرِداً عَنِ ٱلشَّجَرِ . . لاَ يَجُوزُ إِلاَّ بِشَرْطِ ٱلْقَطْعِ ، . . . .

تتمة :

لو أصاب الثمار آفة ولم يبق في تركها فائدة . . فهل له الإبقاء؟ فيه قولان ذكرهما صاحب « التقريب » .

قال ابن الرفعة : الذي يقع في النفس صحته قول الإجبار(1) ، لـٰكن ظاهر نص « الأم » خلافه .

قال : (**فصل :**

يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقاً) أي : بغير شرط قطع ولا تبقية ؛ لمفهوم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتىٰ يبدو صلاحها وتذهب عنها الآفة ، رواه مسلم [١٥٥٥/١٥] .

وفي هـٰذه الحالة للمشتري تركها إلىٰ أوان الجذاذ .

و(بدا) بلا همز معناه : ظهر ، قال تعالىٰ : ﴿وَبَدَا لَهُم مِّنَ ٱللَّهِ مَا لَمْ يَكُونُوا۟ يَحْتَسِبُونَ﴾ .

قال : (**وبشرط قطعه**) بالإجماع .

قال : (**وبشرط إبقائه**) ؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما .

وقال أبو حنيفة : لا يصح ؛ لأن ذلك ينافي وجوب التسليم .

وأجاب الأصحاب بأن التسليم فيه بالتخلية .

قال : (**وقبل الصلاح إن بيع منفرداً عن الشجر . . لا يجوز إلا بشرط القطع**) سواء جرت العادة بقطعه أم لا ؛ لما روى الشيخان [خ ٢١٩٧ـ م ١٥٥٥/١٥] عن ابن عمر وأنس رضي الله عنهم : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الثمرة حتىٰ يبدو صلاحها) .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنْ يَكُونَ ٱلْمَقْطُوعُ مُنْتَفَعاً بِهِ ، لاَ كَكُمَّثْرَىٰ . وَقِيلَ : إِنْ كَانَ ٱلشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي . . جَازَ بِلاَ شَرْطٍ . قُلْتُ : فَإِنْ كَانَ ٱلشَّجَرُ لِلْمُشْتَرِي وَشَرَطْنا ٱلْقَطْعَ . . لَمْ يَجِبِ ٱلْوَفَاءُ بِهِ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

وفي حديث أنس رضي الله عنه : (حتىٰ تزهي) قيل لأنس : ما زهوها؟ قال : (تحمر وتصفر ـ قال ـ : أرأيت إن منع الله الثمرة . . بم يستحل أحدكم مال أخيه؟) .

وقوله : (أرأيت . . . إلخ) روىٰ مالك عنه : أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ، وخالفه سفيان الثوري ، وإتقان مالك وحفظ سفيان يوجبان الحكم بأنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ، وأن أنساً رضي الله عنه مرة رفعه ، ومرة قاله من كلامه مستنداً إلىٰ ما سمعه .

ثم إذا صح البيع بشرط القطع فقبضه بالتخلية فتكون مؤنة القطع على المشتري ؛ لأنه التزم له تفريغ أشجاره ، وللبائع التبقية إلىٰ بدو الصلاح ، وله إجباره علىٰ قطعها قبل بدو الصلاح .

وصورة مسألة الكتاب : أن تكون الأشجار قائمة ثابتة ، فلو قطعت شجرة عليها ثمرة ثم باع الثمرة وهي عليها . . فإنه يجوز من غير شرط القطع ؛ لعدم تبقية الثمرة عليها .

قال : (**وأن يكون المقطوع منتفعاً به ، لا ككمثرىٰ**) ؛ لأن شرط المبيع ذلك .

و(الكمثرىٰ) بفتح الميم وبالثاء المثلثة واحدة كمثرات .

قال : (**وقيل : إن كان الشجر للمشتري . . جاز بلا شرط**) ؛ لأنهما يجتمعان في ملك شخص واحد ، فأشبه ما إذا اشتراهما معاً ، وبهٰذا جزم صاحب « التنبيه » ، ورجحه جماعة ، وصححه في « الروضة » في (المساقاة) ، ولم يصحح الرافعي هناك شيئاً ، ونقلاه هنا عن الجمهور[1] .

قال : (**قلت : فإن كان الشجر للمشتري وشرطنا القطع . . لم يجب الوفاء به والله أعلم**) ؛ لأنه لا يجب أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو ضعيف) .

وَإِنْ بِيعَ مَعَ ٱلشَّجَرِ . . جَازَ بِلاَ شَرْطٍ ، وَلاَ يَجُوزُ بِشَرْطِ قَطْعِهِ . وَيَحْرُمُ بَيْعُ ٱلزَّرْعِ ٱلأَخْضَرِ فِي ٱلأَرْضِ إِلاَّ بِشَرْطِ قَطْعِهِ ، فَإِنْ بِيعَ مَعَهَا أَوْ بَعْدَ ٱشْتِدَادِ ٱلْحَبِّ . . جَازَ بِلاَ شَرْطٍ ، وَيُشْتَرَطُ لِبَيْعِهِ وَبَيْعِ ٱلثَّمَرِ بَعْدَ بُدُوِّ ٱلصَّلاَحِ : ظُهُورُ ٱلْمَقْصُودِ ؛ كَتِينٍ وَعِنَبٍ وَشَعِيرٍ . . . .

وصورة ذلك : أن يبيع الشجرة لشخص ويبقي الثمرة ثم يبيعه الثمرة ، أو يوصي لإنسان بثمرة فيبيعها لصاحب الشجرة ، أو يبيع الثمرة بشرط القطع ثم يشتريها قبله .

قال : (**وإن بيع مع الشجر . . جاز بلا شرط**) بالإجماع .

هـٰذا إذا لم يفصل الثمن ، فإن فصله بأن قال : بعتك الشجرة بدينار والثمرة بعشرة . . فلا يصح ؛ لانتفاء التبعية كما قاله الرافعي في (المساقاة) .

قال : (**ولا يجوز بشرط قطعه**) ؛ لأن فيه حجراً على المشتري في ملكه ، بخلاف البيع من صاحب الأصل ؛ فإن العقد هنا شملهما فصارت الثمرة تابعة .

قال : (**ويحرم بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط قطعه**) ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع السنبل حتىٰ يبيض ويأمن العاهة ، رواه مسلم [١٥٣٥/٥٠] من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

ومراد المصنف بـ(الزرع) : ما ليس بشجر ، فدخل فيه البقول ، فلو باعه من مالك الأرض . . فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة .

ولا فرق في الثمار بين ما يجذ كالتمر ، أو يقطف كالحصرم ، أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار والباذنجان والتفاح والكمثرىٰ والخوخ والجوز واللوز ، كلها تجري فيها الأقسام المتقدمة في بيعها قبل بدو الصلاح وبعده مفردة وتابعة .

قال : (**فإن بيع معها**) أي : مع الأرض (**أو بعد اشتداد الحب . . جاز بلا شرط**) أما الأول . . فكبيع الثمرة مع الشجرة ، وأما الثاني . . فكبيع الثمرة بعد بدو الصلاح .

قال : (**ويشترط لبيعه وبيع الثمر بعد بدو الصلاح : ظهور المقصود**) حتىٰ لا يكون بيع غائب (**كتين وعنب وشعير**) ؛ لأن حباته ظاهرة ، وكذلك السلت والأرز على المذهب ، وقيل : إنهما كالحنطة .

وَمَا لاَ يُرَىٰ حَبُّهُ كَٱلْحِنْطَةِ وَٱلْعَدَسِ فِي ٱلسُّنْبُلِ . . لاَ يَصِحُّ بَيْعُهُ دُونَ سُنْبُلِهِ ، وَلاَ مَعَهُ فِي ٱلْجَدِيدِ . وَلاَ بَأْسَ بِكِمَامٍ لاَ يُزَالُ إِلاَّ عِنْدَ ٱلأَكْلِ . وَمَا لَهُ كِمَامَانِ ـ كَٱلْجَوْزِ وَٱللَّوْزِ وَٱلْبَاقِلاَءِ ـ يُبَاعُ فِي قِشْرِهِ ٱلأَسْفَلِ ، . . . .

قال : (**وما لا يرىٰ حبه كالحنطة والعدس في السنبل . . لا يصح بيعه دون سنبله**) قطعاً ؛ لاستتاره ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، إلا أن القاضي أشار إلىٰ وجه فيه وليس ببعيد بناء علىٰ بيع الغائب .

قال : (**ولا معه في الجديد**) ؛ لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه ، فأشبه الحنطة في تبنها بعد الدياس .

والقديم : الجواز ؛ لمفهوم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتىٰ يشتد ـ قال الترمذي [١٢٢٨] : حسن غريب ـ وهـٰذا قد اشتد .

قال (**ولا بأس بكمام لا يُزال إلا عند الأكل**) ففي الثمار كالرمان والموز ، وفي الزرع كالعلس ؛ لأن بقاءه فيها من مصلحته ، وكذلك قصب السكر في قشره الأعلىٰ إذا بدت فيه الحلاوة[١] ، ونقل الماوردي جوازه[٢] وإن كان مزروعاً ويبقىٰ إلىٰ أوان قطعه ، والكتان إذا بدا صلاحه .

قال ابن الرفعة في « المطلب » : يظهر جواز بيعه[٣] ؛ لأن ما يغزل منه ظاهر ، والساس في باطنه كالنوىٰ في التمر ، قال : لـٰكن هـٰذا لا يتميز في رأي العين ، بخلاف التمر ؛ فإنه إذا قطع . . تميز النوىٰ فيه عن اللحم .

و(الكِمام) بكسر الكاف : أوعية الطلع ، واحدها : كم ، بكسر الكاف .

قال : (**وما له كمامان ـ كالجوز واللوز والباقلاء ـ يباع في قشره الأسفل**) ؛ لأن بقاءه فيه من مصلحته .

---

(١) في هامش (ك) : (فالمراد بالأعلىٰ : ما لا يمص أصلاً ، فالحاصل : صحة بيعه مطلقاً ، وعلل بأن الأعلىٰ لا يستر جميعه غالباً) اهـ

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

و(الباقلاَء) : الفول ، يشدد ويخفف ، فإذا شددت . . قصرت ، وإذا خففت . . مددت ، واحدته : باقلاة[1] .

قال القزويني : النظر إلىٰ زهره يورث الهم والحزن .

وقال الجاحظ : الإكثار من أكله يفسد العقل ويورث الأحلام الرديئة ، وسيأتي في (كتاب الأيمان) في الكلام على الفاكهة شيء من هـٰذا إن شاء الله تعالىٰ .

ويأتي في عدة امرأة المفقود : أن عمر رضي الله عنه سأله عن طعام الجن ، فقال : الفول ، قال ابن الأثير وغيره : هو الباقلاء .

قال في « المهمات » : وتعبيره بـ(كمامين) غير مستقيم ، والصواب : كمامتان بالتاء ، أو كمان .

قال : (**ولا يصح في الأعلىٰ**) لا علىٰ أصوله ، ولا علىٰ وجه الأرض ؛ لاستتاره .

قال : (**وفي قول : يصح إن كان رطباً**) ؛ لأنه يصون القشر الأسفل ويحفظ رطوبة اللب فيتعلق الصلاح به ، وقيل : إن الشافعي أمر الربيع أن يشتري له باقلاء أخضر ، واختاره ابن القاص والإصطخري ، وصححه الأكثرون .

واحترز بـ(الرطب) عما إذا كان يابساً ؛ فإنه لا يصح فيه جزماً إذا منعنا بيع الغائب .

قال في « المطلب » : واللوبياء فيما نظنه كالباقلاء ، وأما اللوز الأخضر . . فيجوز بيعه في الأعلىٰ قبل انعقاد الأسفل ؛ فإنه مأكول كله[2] .

ويصح بيع طلع النخل مع قشره في الأصح إذا لم يتصلب .

---

(١) فائدة : (الباقِلّىٰ) بالتشديد مع القصر وتكتب بالياء ، و(الباقِلاَء) بالتخفيف مع المد وتكتب بالألف .

(٢) في هامش (ت) : (وأقول : بمقتضىٰ هـٰذا التعليل يصح بيع الباقلاء واللوبياء والحلبة ونحو ذلك ، لا سيما إن كان غضاً ؛ لما جرت به العادة من أكله كله لباً وقشراً ، وعلىٰ هـٰذا يحمل ما [نقل] عن الشافعي رحمه الله ، والله أعلم) .

وَبُدُوُّ صَلاَحِ ٱلثَّمَرِ : ظُهُورُ مَبَادِىءِ ٱلنُّضْجِ وَٱلْحَلاَوَةِ فِيمَا لاَ يَتَلَوَّنُ ، وَفِي غَيْرِهِ : بِأَنْ يَأْخُذَ فِي ٱلْحُمْرَةِ أَوِ ٱلسَّوَادِ . . . .

قال : (**وبدو صلاح الثمر : ظهور مبادىء النضج والحلاوة فيما لا يتلون ، وفي غيره : بأن يأخذ في الحمرة أو السواد**) ؛ لحديث أنس رضي الله عنه المتقدم .

وفي « أبي داوود » [٣٣٦٤] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع العنب حتىٰ يسود ، وعن بيع الحب حتىٰ يشتد) وهـٰذه الأوصاف وإن عرف بها بدو الصلاح فليست شرطاً فيه ؛ لأن القثاء لا يتصور فيه شيء منها ، بل يستطاب أكله صغيراً وكبيراً ، وكذلك الزرع صلاحه باشتداده .

فالعبارة الشاملة أن يقال : **بدو الصلاح صيرورته إلى الصفة التي يطلب غالباً كونه عليها** ، كصفرة المشمش ، وحمرة العناب ، وسواد الإجاص[1] ، وبياض التفاح ، وحلاوة قصب السكر ، وحموضة الرمان[2] ، ولين التين والبطيخ ، واشتداد القمح ، وانشقاق كمام القطن ، وانفتاح الورد وورق التوت .

و(النضج) بضم النون وفتحها ، يقال : هو ناضج ونضيج ، وفلان ناضج الرأي ، أي : محكمه .

وقال ابن عمر رضي الله عنهما : (بدو الصلاح ظهور الثريا ، ويقال لها : النجم) .

وفي الحديث : « إذا طلع النجم . . لم يبق من العاهة شيء »[3] أراد : عاهات الثمار ؛ لأنها تطلع بالحجاز إذا بدا صلاح البسر ، وحينئذ يهيج البحر وتختلف الرياح ، قال صلى الله عليه وسلم : « من ركب البحر بعد طلوع الثريا . . فقد برئت منه الذمة » .

---

(١) في هامش (ت) : (الإجاص : بكسر الهمزة وشدة الجيم وبالصاد المهملة آخره . ضبطه المحلي وغيره هـٰكذا . وهو معرب ؛ لأن الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة عربية ، قاله في « المصباح المنير » ، فلا يقال : انجاص ، كما تقوله العامة ، والله أعلم) .

(٢) في هامش (ت) : (يعني : إن كان حامضاً ، ولا يخفىٰ أن أكله منه المعتبر فيه الحلاوة والمز التوسط) .

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣٤١) ، والطبراني في « الأوسط » (١٣٢٧) .

وَيَكْفِي بُدُوُّ صَلَاحِ بَعْضِهِ وَإِنْ قَلَّ ، وَلَوْ بَاعَ ثَمَرَ بُسْتَانٍ أَوْ بُسْتَانَيْنِ بَدَا صَلَاحُ بَعْضِهِ . . فَعَلَىٰ مَا سَبَقَ فِي ٱلتَّأْبِيرِ . وَمَنْ بَاعَ مَا بَدَا صَلَاحُهُ . . لَزِمَهُ سَقْيُهُ قَبْلَ ٱلتَّخْلِيَةِ وَبَعْدَهَا ، وَيَتَصَرَّفُ مُشْتَرِيهِ بَعْدَهَا . وَلَوْ عَرَضَ مُهْلِكٌ بَعْدَهَا كَبَرْدٍ . . فَٱلْجَدِيدُ : أَنَّهُ مِنْ ضَمَانِ ٱلْمُشْتَرِي . . . .

قال : (**ويكفي بدو صلاح بعضه وإن قل**) حتىٰ في الحبة الواحدة ؛ لأن الله تعالىٰ أجرى العادة : أن لا تطيب الثمار دفعة واحدة ؛ إطالة لزمن التفكه ، وليس صلاح جنس صلاحاً لجنس آخر ، فلو باع بسراً بدا صلاحه وعنباً لم يبد صلاحه صفقة واحدة . . اشترط القطع في العنب دون البسر ، وأشار المصنف إلىٰ هـٰذا بقوله : (بدو صلاح بعضه) .

قال : (**ولو باع ثمر بستان أو بستانين بدا صلاح بعضه . . فعلىٰ ما سبق في التأبير**) فلا تحصل التبعية عند اختلاف البستان ، ولا عند اتحاده إذا أفرد ما لم يبد صلاحه ، أو كان مالكه خلاف مالك الذي بدا فيه ، وتحصل التبعية وإن اختلف النوع .

قال : (**ومن باع ما بدا صلاحه**) سواء كان زرعاً أو ثمراً (. . **لزمه سقيه قبل التخلية وبعدها**) ؛ لأن ذلك من تمام التسليم الواجب عليه ، وهو مقدار ما تنمو به الثمار وتسلم من الفساد ، فلو شرط ذلك على المشتري . . بطل العقد ؛ لمخالفته مقتضى العقد ، أما عند اشتراط القطع . . فلا يجب السقي على البائع ، إنما يجب إذا استحق المشتري الإبقاء بالشرط أو الإطلاق .

قال : (**ويتصرف مشتريه بعدها**) أي : بعد التخلية ؛ لحصول القبض ، وقال الإمام : إن هـٰذا لا خلاف فيه ، وحكىٰ في « الشامل » عن القديم : أنه لا يقبض إلا بالقطع والنقل .

قال : (**ولو عرض مهلك بعدها كبرد . . فالجديد : أنه من ضمان المشتري**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٥٥٦] عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : أصيب رجل علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال صلى الله عليه وسلم : « تصدقوا عليه » فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه : « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » ؛ فلو كانت من ضمان

. . . .

البائع . . لأسقط صلى الله عليه وسلم الديون التي لحقته من ثمن الثمار التالفة .

وسيأتي في (باب التفليس) : أن الرجل المذكور معاذ بن جبل رضي الله عنه .

وبهـٰذا قال أبو حنيفة وداوود وجمهور السلف .

والقديم ـ وبه قال أحمد وإسحاق وجماعة من أهل الحديث ـ : أنه من ضمان البائع ، وأوجبوا وضع الجوائح ؛ لما روىٰ مسلم [١٤/١٥٥٤] عن جابر رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة . . فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ثم تأخذ مال أخيك بغير حق » .

وفيه أيضاً [١٧/١٥٥٤] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح) .

وقال مالك : يوضع الثلث فصاعداً ولا يوضع أقل منه .

والجديد : حمل الحديث على الندب جمعاً بين الحديثين .

ومنهم من حمل حديث جابر رضي الله عنه علىٰ ما قبل بدو الصلاح ، وحديث أبي سعيد رضي الله عنه علىٰ ما بعده .

قال الشيخ : وهو جمع حسن ، وفي ألفاظ الحديث ما يشهد له إذا كان بآفة سماوية كمطر أو جراد أو ريح أو حريق أو طير أو سموم أو زنابير أو انقطاع ماء القنوات أو السيل ، فإن كان بغصب أو سرقة . . فهو من ضمان المشتري على القولين معاً ، وللقديم شرطان :

أحدهما : أن لا يبيعه من مالك الأشجار ، فإن باعه منه . . فهو من ضمان المشتري بلا خلاف ؛ لانقطاع العلائق .

والثاني : أن يحصل التلف قبل إمكان الجذاذ ، فإن حصل بعده وبعد إمكان النقل . . فالأشبه : أنه من ضمان المشتري أيضاً ؛ لتقصيره .

وقوله : (كبرد) ضبطه المصنف بإسكان الراء وفتحها ؛ ليشمل النوعين ، وهو حسن .

واحترز بقوله : (بعدها) عما إذا حصل قبلها ؛ فإنه من ضمان البائع .

فَلَوْ تعَيَّبَ بِتَرْكِ ٱلْبَائِعِ ٱلسَّقْيَ . . فَلَهُ ٱلْخِيَارُ . وَلَوْ بِيعَ قَبْلَ صَلاَحِهِ بِشَرْطِ قَطْعِهِ وَلَمْ يُقْطَعْ حَتَّىٰ هَلَكَ . . فَأَوْلَىٰ بِكَوْنِهِ مِنْ ضَمَانِ ٱلْمُشْتَرِي . وَلَوْ بِيعَ ثَمَرٌ يَغْلِبُ تَلاَحُقُهُ وَٱخْتِلاَطُ حَادِثِهِ بِٱلْمَوْجُودِ كَتِينٍ وَقِثَّاءٍ . . لَمْ يَصِحَّ إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ ٱلْمُشْتَرِي قَطْعَ ثَمَرِهِ . وَلَوْ حَصَلَ ٱلِاخْتِلاَطُ فِيمَا يَنْدُرُ فِيهِ . . فَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَنْفَسِخُ ٱلْبَيْعُ . . . .

قال : (**فلو تعيب بترك البائع السقي . . فله الخيار**) أي : للمشتري ؛ لأن السقي لما كان لازماً للبائع . . كان التعييب الحاصل بتركه كالسبب المتقدم على القبض ، حتىٰ لو تلف بذلك . . انفسخ العقد أيضاً ، و« المحرر » لم يذكر هٰذه المسألة إنما ذكر التعييب بالجائحة ، فغيره المصنف واعتذر عنه في « الدقائق » .

قال : (**ولو بيع قبل صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتىٰ هلك . . فأولىٰ بكونه من ضمان المشتري**) ؛ لتفريطه .

وفهم من تعبيره بـ(الأولوية) : أن الخلاف هنا مرتب علىٰ ما لم يشترط فيه القطع ، فإن جعلناه هناك من ضمان المشتري . . فكذلك هنا ، وإن جعلناه من ضمان البائع . . فهٰهنا خلاف .

ولا يختص قولا الجوائح بالثمار بل يجريان في الزرع إذا بيع بعد الاشتداد فأصابته جائحة .

قال : (**ولو بيع ثمر يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود كتين وقثاء . . لم يصح**) ؛ لانتفاء القدرة على التسليم ، وفي وجه أو قول : أنه موقوف ، فإن سمح البائع بما حدث . . تبين الانعقاد ، وإلا . . فلا .

قال : (**إلا أن يشترط المشتري قطع ثمره**) فيصح لزوال المحذور .

هٰذا إذا بيع بعد الصلاح ، فإن بيع قبله . . فشرط القطع لا بد منه لتصحيح العقد ، ولو شرط القطع فلم يقطع حتى اختلط . . فهو كالتلاحق فيما يندر .

قال : (**ولو حصل الاختلاط فيما يندر فيه . . فالأظهر : أنه لا ينفسخ البيع**) ؛ لبقاء عين المبيع ، وتسليمه ممكن بالطريق الآتي .

والثاني : ينفسخ ؛ لتعذر التسليم المستحق ، وهٰذا هو الصحيح المفتىٰ به ، فقد

بَلْ يَتَخَيَّرُ ٱلْمُشْتَرِي ، فَإِنْ سَمَحَ لَهُ ٱلْبَائِعُ بِمَا حَدَثَ . . سَقَطَ خِيَارُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ .
وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ ٱلْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا بِصَافِيَةٍ ؛ وَهُوَ ٱلْمُحَاقَلَةُ ، . . . .

صححه في « البسيط » ، والقاضي أبو الطيب والشاشي وصاحب « المهذب » وابن أبي عصرون والمصنف في « نكت الوسيط » والشيخ[1] .

وسواء في طرد القولين وقع الاختلاط قبل التخلية أو بعدها .

وقيل : لا ينفسخ قطعاً إذا اختلط بعدها .

ولو اختلط الطعام بعد قبضه . . لم ينفسخ قطعاً ، فإن اختلفا في قدره . . قال الماوردي : صدق من انثال الطعام علىٰ صبرته ، فإن كان المبيع شاة أو ثوباً فاختلط بمثله ولم يتميز . . انفسخ في الأصح ، بخلاف الحنطة ؛ فإن غايتها الإشاعة وهي غير مانعة .

قال (**بل يتخير المشتري**) ؛ دفعاً للضرر .

قال : (**فإن سمح له البائع بما حدث . . سقط خياره في الأصح**) ؛ لزوال المحذور .

والثاني : لا يسقط ؛ لما في ذلك من المنة .

و(سمح) بفتح الميم .

والمصنف تبع الإمام والغزالي في أن الخيار يثبت أولاً للمشتري حتىٰ تجوز له المبادرة بالفسخ ، فإن بادر البائع فسمح . . سقط خياره[2] .

قال في « المطلب » : وهو مخالف لنص الشافعي والأصحاب ؛ فإنهم خيروا البائع أولاً .

قال : (**ولا يصح بيع الحنطة في سنبلها بصافية[3] ؛ وهو المحاقلة**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٥٣٦] عن جابر رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المحاقلة

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) في هامش (ك) : (أي : ولا بدراهم على المعتمد) .

وَلاَ ٱلرُّطَبِ عَلَى ٱلنَّخْلِ بِتَمْرٍ ؛ وَهُوَ ٱلْمُزَابَنَةُ . وَيُرَخَّصُ فِي ٱلْعَرَايَا ، وَهُوَ : بَيْعُ ٱلرُّطَبِ عَلَى ٱلنَّخْلِ بِتَمْرٍ فِي ٱلأَرْضِ ، أَوِ ٱلْعِنَبِ فِي ٱلشَّجَرِ بِزَبِيبٍ ، ....

والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا) ثم فسر المحاقلة بما فسرها به المصنف ، فإن كان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم . . فذاك ، وإن كان من الراوي . . فهو أعرف من غيره .

ولفظها مأخوذ من الحقلة ، وهي الساحة التي تزرع ، سميت محاقلة ؛ لتعلقها بزرع في حقله .

و(المعاومة) : بيع ثمر الشجر سنتين وثلاثاً .

و(الثنيا) : أن يبيع الشيء ويستثني بعضه .

ووجه البطلان في المحاقلة : أن المبيع مستتر بما ليس من صلاحه .

قال : (**ولا الرطب على النخل بتمر ؛ وهو المزابنة**) ؛ للحديث المذكور ، ولفظها مأخوذ من الزبن ، وهو المخاصمة والمدافعة ، وإنما بطلت ؛ لأنها بيع مال ربوي بجنسه من غير تحقق مساواة في الكيل .

قال : (**ويرخص في العرايا ، وهو : بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض**) ؛ لما روى الشيخان [خ ٢١٩١ـ م ١٥٤٠] عن سهل بن أبي حَثْمة رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الثمر بالتمر ، ورخص في بيع العرية أن تباع بخرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً) فلو باع رطباً برطب . . فالأصح : المنع .

وحكم البسر حكم الرطب في الجواز ، قاله الماوردي .

وعلىٰ هـٰذا : ينبغي إلحاق الحصرم بالعنب[1] .

و(العرايا) جمع : عرية ، كمطية ومطايا ، وضحية وضحايا ، وهي : التي يفردها صاحبها للأكل ؛ لأنها عريت عن حكم جميع البستان .

قال : (**أو العنب في الشجر بزبيب**) ؛ لأنه زكوي يمكن خرصه ويدخر يابسه فكان

---

(١) في هامش (ك) : (كلامه مردود ؛ لأنه لم يبد صلاحه) .

كالرطب ، والشافعي رضي الله عنه يجوز القياس في الرخص لا يختلف قوله في ذلك وإن كان ابن الرفعة توهم فيه خلافاً .

ومحل تجويز العرايا : إذا لم يتعلق بها حق الزكاة ؛ بأن يكون الذي في ملك البائع أقل من خمسة أوسق ، أو يكون خرص عليه وقلنا : الخرص تضمين ، أو باع ما عدا قدر الزكاة ، أو قلنا بالقديم : إن المالك يترك له بعض نخلات فيبيع منها .

قال (**فيما دون خمسة أوسق**) ؛ لما روى الشيخان [خ ٢١٩٠ـ م ١٥٤١] عن داوود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق) الشك وقع من داوود .

قال الشافعي رضي الله عنه : فلذلك جوزنا دون الخمسة ؛ لأنه متفق عليه ، ومنعنا الخمسة ؛ للشك فيها ، والأصل : التحريم ؛ للنهي عن المزابنة ، وفي قول : يجوز في الخمسة ، لإطلاق الحديث المتقدم .

والمراد بـ(الخمسة وبما دونها) : إذا كان جافاً ، فيبيع من الرطب مقداراً لو جف لجاء منه دون خمسة أوسق بمثله من التمر وإن كان الرطب أكثر ، ويعرف ذلك بالخرص ، وإليه أشار في الحديث المتقدم بقوله : (بخرصها تمراً يأكلونه رطباً) .

ونظير المسألة : المهادنة يجوز عقدها أربعة أشهر قطعاً ، ولا يجوز أكثر من سنة قطعاً ، وفيما بينهما قولان .

فروع :

إذا أوجبنا النقص عن الخمسة . . فالنص : أنه يكفي أيُّ قدر كان ، وهل الخمسة تقريب أو تحديد؟ كلام الماوردي يشعر بالتحديد ، وبه جزم المصنف في « رؤوس المسائل » وغيرها .

وقال ابن الرفعة : لا يبعد تخريجه على الزكاة ، ويكفي هنا خارص واحد بخلاف الزكاة علىٰ رأي ، ويجوز أن يخرصا بأنفسهما ، وتوقف ابن الرفعة في جواز خرص

وَلَوْ زَادَ فِي صَفْقَتَيْنِ . . جَازَ ، وَيُشْتَرَطُ ٱلتَّقَابُضُ بِتَسْلِيمِ ٱلتَّمْرِ كَيْلاً ، وَٱلتَّخْلِيَةِ فِي ٱلنَّخْلِ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ فِي سَائِرِ ٱلثِّمَارِ ، . . . .

أحدهما ؛ لأجل اتحاد القابض والمقبض .

قال الشيخ : والمختار جوازه[1] ، ولا بد من تعيين الثمن ، فلا يجوز جزافاً ولا خرصاً ؛ لئلا يعظم الغرر .

و(الوسق) تقدم في (الزكاة) : أنه ستون صاعاً .

قال : (**ولو زاد في صفقتين . . جاز**) ؛ قياساً على الصفقة الأولىٰ ، خلافاً لأحمد ، وكذلك سائر الصفقات إذا تعددت بحيث لا تزيد حصة كل صفقة علىٰ ما ذكرنا ، فلو باع واحد لاثنين في صفقة بحيث يخص كل واحد القدر الجائز . . جاز ، ولو باع اثنان لواحد . . فالأصح : الجواز كعكسه .

والثاني : المنع ، وهـٰذا عكس القاعدة المتقدمة قبيل (باب الخيار) ؛ فإن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعاً ، وبتعدد المشتري في الأظهر ، وهنا بالعكس جرى الخلاف في تعدد البائع دون المشتري ، وقد تقدمت الإشارة هناك إلىٰ هـٰذا .

واحترز المصنف بـ(الصفقتين) عما إذا زاد في صفقة واحدة ؛ فإن البيع يبطل في الجميع ، ولم يخرجوه على الخلاف في تفريق الصفقة كما تقدم ؛ لأنه بالزيادة صار عقد ربا فبطل جميعه .

قال : (**ويشترط التقابض بتسليم التمر كيلاً ، والتخلية في النخل**) ؛ لأنه مطعوم بمطعوم ، واستشكل ابن الرفعة الاكتفاء بالتخلية إذا قلنا : إنها من ضمان البائع بعد التخلية كما تقدم .

قال : (**والأظهر : أنه لا يجوز في سائر الثمار**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٥٣٩/٥٩] عن زيد بن ثابت رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا بالتمر والرطب ، ولم يرخص في غير ذلك) لـٰكن العنب لما كان إلحاقه جلياً . . اقتصرنا عليه ، وسائر الثمار ليست في معناهما .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنَّهُ لاَ يَخْتَصُّ بِٱلْفُقَرَاءِ .

والثاني : يجوز ، وبه قال مالك وبعض الحنابلة ؛ لأن النفس تدعو إلىٰ أكلها في حال رطوبتها .

ومحل القولين فيما يدخر يابسه كالجوز واللوز والتين والمشمش .

قال : (**وأنه لا يختص بالفقراء**) ؛ لإطلاق الرخصة ، وقياساً علىٰ سائر البيوع .

والثاني : يختص بهم ، وبه قال المزني ؛ لما روىٰ زيد بن ثابت رضي الله عنه : (أنه سمىٰ رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به وعندهم فضول قوتهم من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر) رواه الشافعي رضي الله عنه لـٰكن بسند لا يحتج به .

تتمة :

قال الجرجاني والمتولي : ضابط الغني في هـٰذا الباب : مَن عنده نقد ، فمن لا نقد عنده . . فقير وإن ملك أموالاً كثيرة .

وفي « البحر » عن المزني : الفقير هنا : المعسر المضطر ، ومحل الخلاف : في اعتبار حاجة المشتري ، أما البائع . . فلا يعتبر قطعاً .

وقال مالك : تشترط حاجة البائع .

* * *

خاتمة

إذا اشترى العرية من يجوز له شراؤها ثم تركها حتىٰ صارت تمراً . . جاز .

وقال أحمد : يبطل العقد ، فشرط صحة العقد عنده : أن يأخذها أهلها رطباً ، وعند الجمهور لا يشترط ذلك .

* * *

بَابُ ٱخْتِلَافِ ٱلْمُتَبَايِعَيْنِ

إِذَا ٱتَّفَقَا عَلَىٰ صِحَّةِ ٱلْبَيْعِ ، ثُمَّ ٱخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّتِهِ كَقَدْرِ ٱلثَّمَنِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَو ٱلأَجَلِ ، أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ قَدْرِ ٱلْمَبِيعِ وَلاَ بَيِّنَةَ . . تَحَالَفَا ، . . . .

باب اختلاف المتبايعين(١)

هٰذا الباب مؤخر في « الشرح » و« الروضة » وغيرهما عن معاملات العبيد ، والأصل فيه : قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة . . فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان » رواه أبو داوود [٣٥٠٥] والحاكم [٤٥/٢] ، وقال صحيح ، والبيهقي [٣٣٢/٥] ، وقال : حسن .

قال : (**إذا اتفقا علىٰ صحة البيع ، ثم اختلفا في كيفيته كقدر الثمن ، أو صفته ، أو الأجل ، أو قدره ، أو قدر المبيع ولا بينة . . تحالفا**) ؛ لأن كلاً منهما مدعىً عليه .

وفي « البخاري » [٢٦٦٨] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ باليمين على المدعىٰ عليه) .

وضابط التحالف كما قال المصنف : أن يتفقا علىٰ صحة عقد ويختلفا في كيفيته ،

---

(١) في هامش (ك) : (حاصل مسائل الاختلاف : أن المختلفين إما البائع أو وارثه أو عبده أو وكيله أو وليه أو الحاكم ، فهٰذه ستة .
وفي المشتري ستة نظيرتها ، فتضرب في الأولىٰ تبلغ ستة وثلاثين .
وعلىٰ كل : إما أن يختلفا في القدر أو الجنس أو الصفة أو الأجل أو قدره ، فهٰذه خمسة تضرب في ستة وثلاثين تبلغ مئة وثمانين .
وعلىٰ كل : إما أن لا يكون لكل بينة أو لهما بينة وتعارضتا ؛ بأن أُرِّختا بتاريخ واحدٍ أو أطلقتا أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرىٰ ، فنضرب الحالتين ـ أعني : عدم البينتين أو تعارضهما ـ في المئة والثمانين تبلغ ثلاث مئة وستين صورة يقع فيها كلها التحالف .
وعلىٰ كل : إما أن يفسخه الحاكم أو البائع أو المشتري ، فهي ثلاثة تضرب في الثلاث مئة والستين تبلغ ألفاً وثمانين صورة) اهـ تقرير

فلو لم يتفقا على الصحة أو اتفقا عليها في عقد ولـٰكن اختلفا في ذلك هل هو بيع أو هبة . . فلا تحالف كما سيأتي في آخر الباب .

لـٰكن خصوص البيع ليس بشرط ؛ لأن التحالف يجري في عقود المعاوضات كالسلم والكتابة وغيرهما .

وأورد علىٰ ضابط المصنف : ما إذا اختلفا في عين المبيع وعين الثمن معاً . . فإنه لا تحالف جزماً مع أن الحد صادق عليه .

وقوله : (كقدر ثمن) صورته : أن يكون الذي يدعيه البائع هو الأكثر .

وقوله : (أو صفته) كالصحاح والمكسرة ، وكذا الجنس أيضاً كالذهب والفضة .

واحترز بقوله : (ولا بينة) عما إذا أقامها أحدهما ؛ فإنه يقضىٰ له بها ، فإن أقاما بينتين . . قضي بأسبقهما تاريخاً ، وإلا . . تحالفا تفريعاً علىٰ قول التساقط ، وعلىٰ قول الاستعمال لا يأتي هنا قول القسمة بل يتوقف إلىٰ ظهور الحال ، وبقولنا في التحالف قال أبو حنيفة .

وقال أبو ثور وزفر : القول قول المشتري مع يمينه مطلقاً ، وهي رواية عن مالك ، وعنه رواية أخرىٰ : أن القول قول من الشيء في يده ، ولم يقل أحد : إن القول قول البائع مطلقاً .

قال : (**فيحلف كل علىٰ نفي قول صاحبه وإثبات قوله**) ؛ لأنه يدعي عقداً وينكر عقداً فينفي ما ينكره ويثبت ما يدعيه ، وإنما يحلف الثاني بعد أن يعرض عليه ما حلف عليه الأول فينكره .

قال : (**ويبدأ بالبائع**) ، لما روى النسائي [٧/٣٠٣] عن ابن مسعود رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر البائع أن يحلف ثم يختار المبتاع فإن شاء . . أخذ ، وإن شاء . . ترك) ، ولأن جانبه بعد التحالف أقوىٰ ؛ إذ المبيع يرجع إلىٰ ملكه ، والأصل في اليمين : أن تكون في جهة من قويَ جانبه ، هـٰذا نص الشافعي رضي الله عنه هنا ، ونص أيضاً في السلم والكتابة على البداءة بالمسلم إليه والسيد ، ونص في النكاح على البداءة بالزوج ، وهو في رتبة المشتري ، ونص في الدعاوىٰ على

ـ وَفِي قَوْلٍ : بِٱلْمُشْتَرِي ، وَفِي قَوْلٍ : يَتَسَاوَيَانِ ـ فَيَتَخَيَّرُ ٱلْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : يُقْرَعُ ، وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهُ يَكْفِي كُلَّ وَاحِدٍ يَمِينٌ تَجْمَعُ نَفْياً وَإِثْبَاتاً ، وَيُقَدَّمُ ٱلنَّفْيُ فَيَقُولُ : مَا بِعْتُ بِكَذَا وَلَقَدْ بِعْتُ بِكَذَا . . . .

التخيير ، فلذلك اختلف الأصحاب علىٰ ثلاث طرق .

قال : (**وفي قول : بالمشتري**) ؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة ثمن والأصل براءة ذمته عنها .

قال : (**وفي قول : يتساويان**) ؛ لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه .

قال : (**فيتخير الحاكم**) أي : إذا قلنا بالتساوي . . فوجهان : أصحهما : يتخير الحاكم كما لو تداعيا عيناً في يديهما .

قال : (**وقيل : يقرع**) كما يقرع بينهما في الدعوىٰ إذا جاءا معاً إلىٰ مجلسه ، ويجري التحالف في الحوالة أيضاً .

قال : (**والصحيح : أنه يكفي كل واحد يمين تجمع نفياً وإثباتاً**) ؛ لأنه أقرب إلىٰ فصل الخصومة ، وهـٰذا هو المنصوص .

والثاني : يفرد النفي بيمين والإثبات بأخرىٰ ؛ لأنه مدع ومدعىً عليه وهو مخرج ، واختاره ابن سريج ، وهو القياس ، فكان ينبغي أن يعبر بالمذهب .

قال : (**ويقدم النفي**) ؛ لأنه الأصل في اليمين ، وإنما ينتقل إلى الإثبات بنكول أو شاهد أو لوث .

وقال الإصطخري : يقدم الإثبات كاللعان .

وعن ابن القطان : لا ترتيب ، بل إن بدأ أحدهما بالنفي . . حلف الآخر على الإثبات ليكون بضده ، وإن بدأ بالإثبات . . حلف الثاني على النفي ، والخلاف في الاستحباب على الأصح عند الرافعي وعند الشيخ أبي حامد ، وطائفة في الوجوب .

قال : (**فيقول : ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا**) وكذلك المشتري يقول : ما اشتريت بكذا ولقد اشتريت بكذا ، وفي قول مخرج : يكفي يمين النفي كسائر الخصومات .

وَإِذَا تَحَالَفَا . . فَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ ٱلْعَقْدَ لاَ يَنْفَسِخُ ، بَلْ إِنْ تَرَاضَيَا ، وَإِلاَّ . . فَيَفْسَخَانِهِ أَوْ أَحَدُهُمَا أَوِ ٱلْحَاكِمُ ، وَقِيلَ : إِنَّمَا يَفْسَخُهُ ٱلْحَاكِمُ ، ثُمَّ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي رَدُّ ٱلْمَبِيعِ ، . . . .

ومقتضىٰ ما يقوله الشافعي رضي الله عنه والأصحاب من أن الاستثناء من النفي إثبات : جواز الاقتصار علىٰ قول البائع : إنما بعت بكذا ، وعلىٰ قول المشتري : إنما اشتريت بكذا ، وكذلك ما بعت إلا بكذا ، وما اشتريت إلا بكذا ، وهو المنصوص ، لٰكن المذهب الأول .

قال : (**وإذا تحالفا . . فالصحيح : أن العقد لا ينفسخ**) ؛ لأن كلاً منهما قصد بيمينه إثبات الملك فلم يجز أن يكون موجبه الفسخ ، ولأن البينة أقوىٰ من اليمين ، ولو أقام كل منهما بينة علىٰ ما يقوله . . لم ينفسخ العقد فباليمين أولىٰ ، ولأن العقد وقع صحيحاً باتفاقهما فلا ينفسخ إلا بالفسخ كسائر العقود .

والثاني ـ ونسب إلى اختيار المزني ـ : أنه ينفسخ بنفس التحالف كما ينفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين .

قال : (**بل إن تراضيا ، وإلا . . فيفسخانه أو أحدهما أو الحاكم**) أما الجواز لهما . . فلأنه فسخ لاستدراك الظلامة في البيع ، فأشبه الرد بالعيب ، وأما الجواز للحاكم . . فلقطع المنازعة .

قال : (**وقيل : إنما يفسخه الحاكم**) ؛ لأنه مجتهد فيه ، فأشبه العُنة ، والإعسار علىٰ تناقض وقع للرافعي في ذلك سيأتي ، وهٰذا الوجه قال في « المهمات » : عليه الأكثرون ، واختاره الشيخ ، قال : وعبارة المصنف توهم أن كلاً من الثلاثة له الابتداء بالفسخ ، ولم أره لأحد قبل الرافعي ، ويجب تأويله علىٰ أن الفسخ لهما أو للحاكم عند امتناعهما ، ويرشد إليه قول الرافعي : إن الحاكم إنما يفسخ إذا استمرا على النزاع ، أما أن الحاكم بعد فراغهما من التحالف يقول : فسخت . . فلا .

قال القاضي حسين : وإذا رضي أحدهما بما قاله صاحبه . . لم يكن له الرجوع عن قوله كما لو رضي بالعيب .

قال : (**ثم على المشتري رد المبيع**) ؛ ليصل إلىٰ مالكه سواء قلنا بالفسخ أو الانفساخ .

فَإِنْ كَانَ وَقَفَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ أَوْ مَاتَ . . لَزِمَهُ قِيمَتُهُ ، وَهِيَ قِيمَةُ يَوْمِ ٱلتَّلَفِ فِي أَظْهَرِ ٱلْأَقْوَالِ ، . . . .

فرع :

الأصح : حل وطء الجارية المبيعة بعد التنازع وقبل التحالف .

والثاني : لا ، لإشرافها على الزوال ، وفي الوطء بعد التحالف وقبل الفسخ وجهان مرتبان ، وأولىٰ بعدم الحل(١) .

قال : (**فإن كان وقفه أو أعتقه أو باعه أو مات . . لزمه قيمته**) ؛ لقيامها مقام العين سواء كانت القيمة أكثر من الثمن الذي يدعيه أم لم تكن .

وفي وجه ضعيف : لا يستحق البائع زيادة علىٰ ما ادعاه .

ثم إن المصنف أطلق القول بلزوم القيمة سواء كان المبيع مثلياً أو متقوماً .

ومحل الوفاق فيه : إذا كان متقوماً ، وإلا . . فالأصح : وجوب القيمة أيضاً .

والمشهور ـ كما قاله في « المطلب » ـ : وجوب المثل(٢) ، وهو كالخلاف في البيع الفاسد ، والصحيح فيه : وجوب المثل أيضاً .

قال : (**وهي قيمة يوم التلف في أظهر الأقوال**) ؛ لأن الفسخ رفع العقد من حينه ، وقبل التلف لم يتعلق للبائع حق ، وإذا كنا نقول في المستام والعارية : القيمة يوم التلف . . فهٰهنا أولىٰ .

والثاني : بقيمته يوم القبض ؛ لأنه يوم دخوله في ضمانه .

والثالث : أقصىٰ قيمة من القبض إلى التلف كالبيع الفاسد ، وصححه الروياني وصاحب « المهذب » .

والرابع : أقل قيمة من العقد إلى القبض ، والمصنف تبع « المحرر » في حكايتها أقوالاً ، والراجح في « شرح المهذب » و« الروضة » : أنها أوجه .

---

(١) في هامش (ك) : (يؤخذ منه : أن الأصح : حلُّه) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنْ تعَيَّبَ . . رَدَّهُ مَعَ أَرْشِهِ ، وَٱخْتِلاَفُ وَرَثَتِهِمَا كَهُمَا . وَلَوْ قَالَ : بِعْتُكَهُ بِكَذَا ، فَقَالَ : بَلْ وَهَبْتَنِيهِ . . فَلاَ تَحَالُفَ ، بَلْ يَحْلِفُ كُلٌّ عَلَىٰ نَفْيِ دَعْوَى ٱلآخَرِ . . . .

قال : (**فإن تعيب رده مع أرشه**) وهو ما نقص من القيمة ؛ لأن ما ضمن كله بالقيمة ضمن بعضه ببعضها إلا في الزكاة المعجلة كما تقدم .

ولو كان المبيع جارية فوطئها المشتري ثم تحالفا وردها إن كانت ثيباً . . فلا شيء عليه ، وإن كانت بكراً . . رد معها أرش البكارة .

قال : (**واختلاف ورثتهما كهما**) ؛ لأنها يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في دعوى المال ، وكذا اختلاف أحدهما ووارث الآخر كما صرح به في الكتاب في آخر (الصداق) ، وستأتي كيفية حلف الوارث هناك .

ويجوز للوارث الحلف إذا غلب علىٰ ظنه صدق مورثه .

ولو كان الوارث أكثر من واحد فصدق بعضهم وأنكر البعض . . قال الشيخ : الذي يظهر جواز التحالف بين العاقد والمنكر الواحد[1] .

ولو كان الوارث محجوراً عليه . . ففي حلف وليه خلاف حكاه الإمام في (كتاب الصداق) .

والأصح : جواز التحالف بين الوليين في مال المحجور عليه ، وبين ولي الصغيرة والمجنونة والزوج ، وبين ولي الطفل والمشتري ، وبين الوكيلين في العقد لا في الخصومة فقط .

وقول المصنف : (كهما) فيه إدخال (الكاف) علىٰ ضمير الغائب وهو قليل ، ولذلك قال في « المحرر » : كاختلافهما .

قال : (**ولو قال : بعتكه بكذا ، فقال : بل وهبتنيه . . فلا تحالف ، بل يحلف كل علىٰ نفي دعوى الآخر**) ؛ لعدم اتفاقهما علىٰ عقد .

وقال المتولي والفوراني : يتحالفان .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِذَا حَلَفَا . . رَدَّهُ مُدَّعِي ٱلْهِبَةِ بِزَوَائِدِهِ . وَلَوِ ٱدَّعَىٰ صِحَّةَ ٱلْبَيْعِ وَٱلآخَرُ فَسَادَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : تَصْدِيقُ مُدَّعِي ٱلصِّحَّةِ بِيَمِينِهِ . . . .

وعن صاحب «التقريب» رواية قول: أن القول قول مدعي الهبة ؛ لأنه مالك باتفاقهما.

قال : (**فإذا حلفا . . رده مدعي الهبة بزوائده**) ؛ لأنه لا ملك له في الظاهر .

قال : (**ولو ادعىٰ صحة البيع والآخر فساده . . فالأصح : تصديق مدعي الصحة بيمينه**) ؛ لأن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة ، وكما لو فرغ من الصلاة ثم شك هل ترك ركناً . . لا يجب الإتيان به .

والثاني ـ وبه قال البغوي ـ : أن القول قول مدعي الفساد ، وفي « التنبيه » حكاهما قولين ، وفي « المهذب » وجهين .

ولو أبدل المصنف لفظة البيع بالعقد . . كان أعم ؛ فإن الخلاف جار في عقود المعاوضات كالإجارة والنكاح وغيرهما .

لـٰكن يستثنىٰ منه : ما إذا باع ذراعاً من أرض وهما يعلمان ذرعانها فادعى البائع : أنه أراد ذراعاً معيناً حتىٰ لا يصح العقد لاختلاف الغرض في تعيينه ، وادعى المشتري : الشيوع حتىٰ يصح العقد . . ففي المصدق منهما احتمالان : أصحهما في زوائد « الروضة » : تصديق البائع ؛ لأنه أعرف بإرادته .

وإذا اختلفا : هل وقع الصلح علىٰ إنكار أو اعتراف؟ فالصواب تصديق مدعي الإنكار ؛ لأنه الغالب .

وإذا قال السيد : كاتبتك وأنا مجنون أو محجور علي وعرف ذلك من السيد . . فهو المصدق .

ولو قال المشتري : ما رأيت المبيع وكذبه البائع . . ففي « فتاوى الغزالي » القول قول البائع .

قال في « الروضة » : هـٰذه مسألة اختلافهما في مفسد العقد ، والأصح : قول مدعي الصحة[1] ، ووافقهما الشيخ علىٰ ذلك ؛ لأنه الظاهر في العقود ، ورد عليهما في « المهمات » .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَو ٱشْتَرَىٰ عَبْداً فَجاءَ بِعَبْدٍ مَعِيبٍ لِيَرُدَّهُ ، فَقَالَ ٱلْبَائِعُ : لَيْسَ هَـٰذَا ٱلْمَبِيعَ . صُدِّقَ ٱلْبَائِعُ ، وَفِي مِثْلِهِ فِي ٱلسَّلَمِ يُصَدَّقُ ٱلْمُسْلِمُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وقال المنقول : في المسألة تصديق المشتري ؛ لأن الأصل عدم رؤيته ، وفي عكسه أفتىٰ صاحب « البيان » بأن القول قول البائع ؛ لأن الأصل عدم رؤيته ، وخالفه بعض أهل اليمن عملاً بالظاهر .

أما إذا اختلفا في القبض . . فالقول قول المشتري .

ولو باع الثمرة قبل بدو الصلاح ثم اختلفا في شرط القطع . . فينبغي أن يكون كاختلافهما في الرؤية[1] .

قال : (**ولو اشترىٰ عبداً فجاء بعبد معيب ليرده ، فقال البائع : ليس هـٰذا المبيع . . صدق البائع**) بلا خلاف ؛ لأن الأصل السلامة وبقاء العقد .

قال : (**وفي مثله في السلم يصدق المسلم في الأصح**) ؛ لأنه لم يعترف بقبض ما ورد العقد عليه ، وفي البيع اتفقا علىٰ قبض ما اشتراه وتنازعا في سبب الفسخ والأصل عدمه .

والثاني : يصدق المسلم إليه كالبيع ، والوجهان جاريان في الثمن في الذمة .

تتمة :

باع شيئاً ومات ، فظهر : أن المبيع كان لابن الميت ، فقال المشتري : باعه عليك أبوك في صغرك لحاجة ، وصدقه الابن على البيع في صغره ، ولـٰكن قال : لم يبع علي بل باعه لنفسه متعدياً . . قال الغزالي في « الفتاوىٰ » : القول قول المشتري ؛ لأن الأب نائب الشرع فلا يتهم إلا بحجة ، كذا في زوائد « الروضة » هنا ، وفي « الشرح » و« الروضة » في آخر (باب الحجر) .

* * *

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

خاتمة

اختلفا في الثمن بعد الإقالة . . فيه في زوائد « الروضة » ثلاثة أوجه :

أصحها : أن القول قول البائع .

والثاني : قول المشتري .

والثالث : يتحالفان وتبطل الإقالة .

وتصوير هٰذه المسألة مشكل ؛ لأنه إن كان قبل قبض الثمن . . فلا فائدة في الاختلاف ؛ لأنه ساقط عن المشتري كيف كان ، وإن كان بعد قبضه . . فالمصدق البائع ؛ لأنه غارم ، ومجيء الخلاف بعيد لا سيما التحالف ؛ إذ لا فائدة فيه .

* * *

بَابٌ

ٱلْعَبْدُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . لاَ يَصِحُّ شِرَاؤُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيَسْتَرِدُّهُ ٱلْبَائِعُ سَوَاءٌ كَانَ فِي يَدِ ٱلْعَبْدِ أَوْ سَيِّدِهِ . . . .

باب

ترجمه الشافعي رضي الله عنه بـ(باب مداينة العبيد) ، ولا شك أن العبد محجور عليه لحق السيد فلا يصح تصرفه إلا بإذنه كما سيأتي .

قال الإمام : تصرفات الرقيق ثلاثة أقسام :

الأول : ما لا ينفذ وإن أذن السيد فيه كالولايات والشهادات .

والثاني : ما ينفذ بغير إذن السيد كالعبادات والطلاق ونحوهما .

والثالث : ما يتوقف على الإذن كالبيع والإجارة .

قال : (**العبد إن لم يؤذن له في التجارة . . لا يصح شراؤه بغير إذن سيده في الأصح**) ؛ لأنه محجور عليه لنقص فأشبه السفه ، ولأنه لو صح . . فإما أن يثبت الملك له وليس أهلاً لذلك ، أو للسيد بعوض في ذمته ولم يرض به ، أو في ذمة العبد وهو ممتنع ؛ لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من يلزمه الآخر .

والثاني : يصح ، وبه قال أبو حنيفة وابن أبي هريرة وابن أبي عصرون ، ونسبه الماوردي إلى الجمهور ؛ لأنه يعتمد الذمة ولا حجر علىٰ ذمته ، وإذا قلنا بهـٰذا . . فهل الملك له أو للسيد؟ فيه وجهان : قطع المتولي بالثاني ، والإمام بالأول .

والخلاف كالخلاف فيما إذا اشترى المفلس شيئاً بثمن في ذمته ، لـٰكن الأصح هناك : الصحة كما سيأتي ، والخلاف جار في عقود المعاوضات كلها خلا النكاح .

ولو كان لرجلين عبد فأذن له أحدهما في التجارة . . لم يصح حتىٰ يأذن الآخر .

قال : (**ويسترده البائع سواء كان في يد العبد أو سيده**) ؛ لأنه باق علىٰ ملكه ، ولو أدى الثمن من مال السيد . . فله استرداده أيضاً .

فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِهِ . . تَعَلَّقَ ٱلضَّمَانُ بِذِمَّتِهِ ، أَوْ فِي يَدِ ٱلسَّيِّدِ . . فَلِلْبَائِعِ تَضْمِينُهُ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ ٱلْعَبْدِ بَعْدَ ٱلْعِتْقِ . وَٱقْتِرَاضُهُ كَشِرَائِهِ . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . تَصَرَّفَ بِحَسَبِ ٱلإِذْنِ ، . . . .

وعبارة الكتاب فيها خلل ؛ لحذف الهمزة من (أكان) والإتيان بـ(أو) موضع (أم)(١) .

قال : (**فإن تلف في يده . . تعلق الضمان بذمته**) ؛ لأنه ثبت برضا مستحقه ولم يأذن السيد فيه ، فأتبع به إذا عتق ، فإن صححنا شراءه . . فالثمن في ذمته بلا خلاف ؛ لرضا صاحبه وعدم إذن السيد .

قال : (**أو في يد السيد . . فللبائع تضمينه**) ؛ لأنه وضع يده عليه .

قال : (**وله**) أي : للبائع (**مطالبة العبد بعد العتق**) ؛ لتعلقه بذمته ، لا قبل العتق ؛ لأنه معسر ، ولو أدى الثمن من مال السيد . . فله استرداده .

قال : (**واقتراضه كشرائه**) في الخلاف وجميع ما سبق ؛ لأنه عقد معاوضة مالية فكان كالشراء ، وكذلك ضمانه ، وسيأتي : أن الأصح في الثلاثة : المنع .

والأصح : صحة قبوله الهبة والوصية بغير إذن السيد ، فلو اشترىٰ أو باع لغيره وكالة بغير إذن . . لم يصح في الأصح ؛ لأن منافعه مستحقة للسيد ، ولو أعطاه أجنبي متاعاً ليحمله بغير إذن مولاه أو استعمله في شغل بغير إذنه فهرب أو مات في الطريق . . ضمنه .

وله بإذنٍ إجارة نفسه ، وكذا بيعها ورهنها في الأصح .

قال : (**وإن أذن له في التجارة . . تصرف بحسب الإذن**) ؛ لأن المنع كان لأجل السيد وقد ارتفع بإذنه ، وأما كونه بحسب الإذن . . فكالمضارب .

ويستفيد بالإذن في التجارة كل ما دخل تحت اسمها وما هو من لوازمها ، كالنشر ، والطي ، وحمل المتاع إلى الحانوت ، والرد بالعيب ، وتسليم المبيع ، وقبض

---

(١) في هامش (ك) : (ليس فيها خلل ، بل هي لغة ، وقرأ بها بعضهم قوله تعالىٰ : « سواء عليهم أنذرتهم أم لم تنذرهم ») .

فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي نَوْعٍ . . لَمْ يَتَجَاوَزْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ ٱلنِّكَاحُ ، وَلاَ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ ، وَلاَ يَأْذَنَ لِعَبْدِهِ فِي ٱلتِّجَارَةِ ، وَلاَ يَتَصَدَّقَ ، وَلاَ يُعَامِلَ سَيِّدَهُ . وَلاَ يَنْعَزِلُ بِإِبَاقِهِ ، . . . . .

الثمن ، والمخاصمة في العهدة ، كذا ذكروه .

ويشبه أن يأتي فيه ما في عامل القراض من الخلاف .

ولا يبيع نسيئة ولا بدون ثمن المثل بقدر لا يتغابن به .

هٰذا إذا دفع إليه السيد مالاً ، أما إذا قال : اتجر ولم يعطه مالاً . . فإنه يجوز كالوكيل ، وله في هٰذه الحالة البيع والشراء بالنسيئة ، فإن فضل في يده شيء . . كان كما لو دفع إليه المال .

قال : (**فإن أذن له في نوع . . لم يتجاوزه**) كعامل القراض ، وكذا لو أذن له في التجارة شهراً أو سنة . . لم يصر مأذوناً بعد تلك المدة ، خلافاً لأبي حنيفة فيهما .

قال : (**وليس له النكاح**) كما أن المأذون له في النكاح ليس له أن يتجر ؛ لأن اسم كل منهما غير متناول للآخر .

قال : (**ولا يؤجرَ نفسه**) ؛ لأن مطلق الإذن في التجارة لا يتناول ذلك ، أما عبيد التجارة . . فالأصح : أن له إيجارهم ؛ لأن التجار يعتادون ذلك .

وأعرب الشيخ (يؤجرَ) بفتح الراء عطفاً على المصدر ، وتقديره : أن ينكح ويؤجر .

قال : (**ولا يأذن لعبده في التجارة**) المراد : إذا اشترى المأذون عبداً للتجارة وأراد أن يأذن له في التجارة . . لم يجز ؛ لأن السيد لم يأذن فيه ، وجوزه أبو حنيفة .

قال : (**ولا يتصدق**) ؛ لأنه غير مالك ولا متبرع ، وكذلك لا يتخذ دعوة للمجهزين كما يفعله التجار ؛ لأنه نوع هبة ، وخالف فيه أبو حنيفة أيضاً .

قال : (**ولا يعامل سيده**) ؛ لأن تصرفه للسيد بخلاف المكاتب[1] .

قال : (**ولا ينعزل بإباقه**) بل له أن يتصرف على الأصح في البلد الذي انتقل إليه ؛ لأن الأصل استمرار الإذن والإباق معصية لا توجب الحجر ، اللهم إلا أن يخص السيد

---

(١) في هامش (ك) : (قوله : « المكاتب » سواء كان كتابة صحيحة أو فاسدة) اهـ

وَلاَ يَصِيرُ مَأْذُوناً لَهُ بِسُكُوتِ سَيِّدِهِ عَلَىٰ تَصَرُّفِهِ ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِدُيُونِ ٱلْمُعَامَلَةِ .
وَمَنْ عَرَفَ رِقَّ عَبْدٍ . . لَمْ يُعَامِلْهُ حَتَّىٰ يَعْلَمَ ٱلإِذْنَ بِسَمَاعِ سَيِّدِهِ أَوْ بَيِّنَةٍ أَوْ شُيُوعٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ، . . . .

التصرف بالبلد الأول ؛ فإنه لا يتصرف بغيره .

وقال أبو حنيفة : ينعزل بالإباق والخروج عن الطاعة ، ووافقنا علىٰ : أنه لو أذن له في النكاح فأبق . . لا يبطل الإذن .

ولو أذن لأمته في التجارة ثم استولدها . . لم تنعزل قطعاً ، خلافاً لأبي حنيفة ، ووقع في « الروضة » و« الجواهر » : لم تنعزل على الصحيح ، فأشعر بوجه لا وجود له في شيء من كتب المذهب .

قال : (**ولا يصير مأذوناً له بسكوت سيده علىٰ تصرفه**) وكذا لو رآه يتزوج فسكت . . لا يكون إذناً ؛ لما اشتهر عن الشافعي رضي الله عنه أنه قال : لا ينسب إلىٰ ساكت قول .

قال : (**ويقبل إقراره بديون المعاملة**) ؛ لأنه قادر على الإنشاء سواء أقر لأبيه أو ابنه أو أجنبي .

وقال أبو حنيفة : لا يقبل إقراره لأصله وفرعه ، والمصنف أعاد المسألة في (الإقرار) .

قال : (**ومن عرف رق عبد . . لم يعامله حتىٰ يعلم الإذن بسماع سيده أو بينة أو شيوع بين الناس**) ؛ لأن الأصل عدم الإذن ، فإن عامله ثم ظهر أنه مأذون . . فكما لو باع مال أبيه علىٰ ظن حياته فإذا هو ميت .

وكان ينبغي للمصنف أن يقول : ومن عرف رق شخص ؛ لأن العبد معلوم الرق .

واحترز بقوله : (ومن عرف) عمن جهل رق شخص وحريته .

وفي جواز معاملته قولان : أظهرهما : الجواز ؛ لأن الأصل والغالب الحرية .

ومحل هـٰذا الخلاف في غير الغريب ، فإن كان غريباً . . جازت معاملته جزماً ؛ للحاجة .

وأطلق المصنف (العلم) ومراده : الظن الغالب ، لكن عبارته تقتضي : أنه لا يجوز بخبر عدل واحد .

قال الشيخ : وينبغي أن يجوز[١] ؛ لأنه يحصل الظن وإن كان لا يكفي عند الحاكم ، كما أنه يكتفىٰ بسماعه من سيده والشيوع ولا يثبت بذلك عند الحاكم[٢] .

ولو عرف كونه مأذوناً فعامله ثم امتنع من التسليم إليه حتىٰ يشهد على الإذن . . فله ذلك ؛ خوفاً من إنكار السيد ، كما لو صدق مدعي الوكالة بقبض الحق ثم امتنع من التسليم إليه حتىٰ يشهد الوكيل على الوكالة .

قال : (**وفي الشيوع وجه**) ؛ لأن الحجر محقق وزواله مشكوك فيه .

قال : (**ولا يكفي قول العبد**) أي : إنه مأذون ؛ لأن الأصل عدمه ، فأشبه ما إذا قال الراهن : أذن المرتهن في بيع المرهون .

ولو علمه مأذوناً ، فقال العبد : حجر عليَّ سيدي . . لم تجز معاملته ولو كذبه السيد في الأصح ؛ لأنه العاقد وهو يقول : العقد باطل[٣] .

ولو عزل المأذون نفسه . . لم ينعزل ؛ لأن التصرف حق للسيد فلا يقدر علىٰ إبطاله ، بخلاف الطلاق ، فإنه يملكه ؛ لأن النفع في النكاح له ، وبخلاف الوكيل ؛ لأنه ليس عليه طاعة الموكل وعلى العبد طاعة السيد .

ولو باع السيد العبد المأذون أو أعتقه . . فالأصح : انعزاله ، وفيما إذا كاتبه وجهان[٤] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (أي : لا يثبت عند الحاكم إذن المالك بالشيوع ، ولا بإخبار عدل له بأنه سمع سيده يأذن له في ذلك) .

(٣) في هامش (ك) : (نعم ؛ لو قال : كنت أذنت له وأنا باق . . جازت معاملته وإن أنكر ، ذكر ذلك الزركشي في مسألة العبد ، ويؤخذ منه : أن محل منع معاملته فيما إذا كذبه السيد : أن يكون المعامل له سمع الإذن من غير السيد ، وإلا . . جازت معاملته ، وهو ظاهر ، بل ينبغي أن يقال : حيث ظن كذب العبد . . جازت معاملته ، ثم إن تبيَّن بخلافه . . بطلت ، وإلا . . فلا) .

(٤) في هامش (ك) : (جزم في « الأنوار » بأنها حجر ، والأوجه : أن إجارته كذلك) . ورمز=

فَإِنْ بَاعَ مَأْذُونٌ لَهُ وَقَبَضَ ٱلثَّمَنَ ، فَتَلِفَ فِي يَدِهِ ، فَخَرَجَتِ ٱلسِّلْعَةُ مُسْتَحَقَّةً . . رَجَعَ ٱلْمُشْتَرِي بِبَدَلِهِ عَلَى ٱلْعَبْدِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ ٱلسَّيِّدِ أَيْضاً ، وَقِيلَ : لاَ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ فِي يَدِ ٱلْعَبْدِ وَفَاءٌ . . فَلاَ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ سِلْعَةً . . فَفِي مُطَالَبَةِ ٱلسَّيِّدِ بِثَمَنِهَا هَـٰذَا ٱلْخِلاَفُ . وَلاَ يَتَعَلَّقُ دَيْنُ ٱلتِّجَارَةِ بِرَقَبَتِهِ ، وَلاَ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ، . . . .

ولو دبره أو رهنه . . لم يبطل الإذن جزماً .

قال : (**فإن باع مأذون له وقبض الثمن ، فتلف في يده ، فخرجت السلعة مستحقة . . رجع المشتري ببدله**) أي : ببدل الثمن (**على العبد**) ؛ لأنه المباشر للعقد فالعهدة تتعلق به .

وقيل : لا رجوع عليه ؛ لأن يده يد السيد .

وفي نسخة المصنف : ببدلها ، أي : ببدل العين ، وهو سهو ، والذي في « المحرر » و« الروضة » : ببدله ، وهو الصواب .

قال : (**وله مطالبة السيد أيضاً**) ؛ لأن العقد له ، فكأنه البائع والقابض .

قال : (**وقيل : لا**) ؛ لأن السيد جعله بالإذن مستقلاً .

قال : (**وقيل : إن كان في يد العبد وفاء . . فلا**) ؛ لحصول غرض المشتري ، وإلا . . فيطالب .

قال : (**ولو اشترىٰ سلعة . . ففي مطالبة السيد بثمنها هـٰذا الخلاف**) ؛ للمعاني المذكورة .

قال : (**ولا يتعلق دين التجارة برقبته**) ؛ لأن ما يثبت برضا المستحق لا يتعلق بالرقبة .

قال : (**ولا ذمة سيده**) ؛ لأنه وجب بمعاوضة مقصودة أذن فيها السيد فوجب أن يكون متعلقاً بالكسب كالنفقة في النكاح .

ووقع في « الشرح » و« الروضة » و« المحرر » كما في الكتاب : أنه لا يتعلق بذمة السيد ، وهو مخالف لقوله قبل هـٰذا : إنه يطالب السيد ببدل الثمن التالف في يد

= للأول بالصحة وللثاني بالضعف .

بَلْ يُؤَدَّىٰ مِنْ مَالِ ٱلتِّجَارَةِ ، وَكَذَا مِنْ كَسْبِهِ بِٱصْطِيَادٍ وَنَحْوِهِ فِي ٱلأَصَحِّ .
وَلاَ يَمْلِكُ ٱلْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

العبد وبثمن السلعة التي اشتراها أيضاً .

قال في « المطلب » : ولا يجمع بينهما بحمل الأول علىٰ مجرد المطالبة والثاني علىٰ بيان محل الدفع ؛ فإن الوجه الثالث ـ القائل بأنه إن كان في يد العبد وفاء . . لم يطالب ، وإلا . . طولب ـ يأبىٰ ذلك .

قال في « المهمات » : وسبب هـٰذا التناقض : أن المذكور أولاً طريقة الإمام وهي ضعيفة ، وثانياً طريقة الأكثرين ، فجمع الرافعي بينهما فلزم ما لزم[1] .

قال : (**بل يؤدىٰ من مال التجارة**) سواء فيه الربح ورأس المال ؛ لاقتضاء العرف والإذن ذلك .

قال : (**وكذا من كسبه باصطياد ونحوه في الأصح**) كما يتعلق به المهر ومؤن النكاح ، ثم ما فضل يكون في ذمته يتبع به إذا عتق .

والثاني : لا ، كسائر أموال السيد .

وحيث بقي عليه شيء . . تعلق بذمته ، والأصح : أنه لا يتعلق بكسبه بعد الحجر .

قال : (**ولا يملك العبد بتمليك سيده في الأظهر**) كما لا يملك بالإرث وتمليك غير السيد ، ولأنه مملوك فأشبه البهيمة ، وهـٰذا هو الجديد ، وبه قال أبو حنيفة .

والقديم : **يملك** ، وبه قال مالك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من باع عبداً وله مال » فأضاف المال إليه .

---

(١) في هامش (ك) : (أجاب عنه الزركشي بمنع التناقض فيطالب السيد بدين التجارة وإن لم يتعلق بذمته ؛ إذ لا يلزم من المطالبة بشيء ثبوته في الذمة ؛ بدليل مطالبة القريب بنفقة قريبه ، والموسر بنفقة المضطر واللقيط إذا لم يكن له مال .

والمراد : أنه يطالب ؛ ليؤدي مما في يد العبد لا من غيره . اهـ

وقول صاحب « المطلب » : « ولا يجمع بينهما . . . إلخ » يجاب عنه بأن حمل ما قاله علىٰ مجرد المطالبة لا يأباه الوجه المذكور ؛ إذ فائدة المطالبة لا تنحصر في الأداء ، ففائدة مطالبة السيد إذا لم يكن في يد العبد وفاء : احتمال أنه يؤدي ما له به علقة في الجملة ، فإن أداه . . برئت ذمة العبد ، وإلا . . فلا) .

. . . .

وعن أحمد روايتان كالقولين .

فلو عبر المصنف بالجديد . . كان أولىٰ ؛ لأن مقابله قديم .

تتمة :

إذا قلنا بالقديم . . فهو ملك ضعيف لا تجب فيه الزكاة على العبد ولا على السيد ، فإن ملكه جارية وقلنا بالقديم . . فللعبد أن يطأها بإذن السيد في الأصح ، وهل يحتاج إلىٰ قبول من العبد على القول القديم؟ وجهان مبنيان علىٰ إجباره على النكاح ، قاله المتولي .

* * *

خاتمة

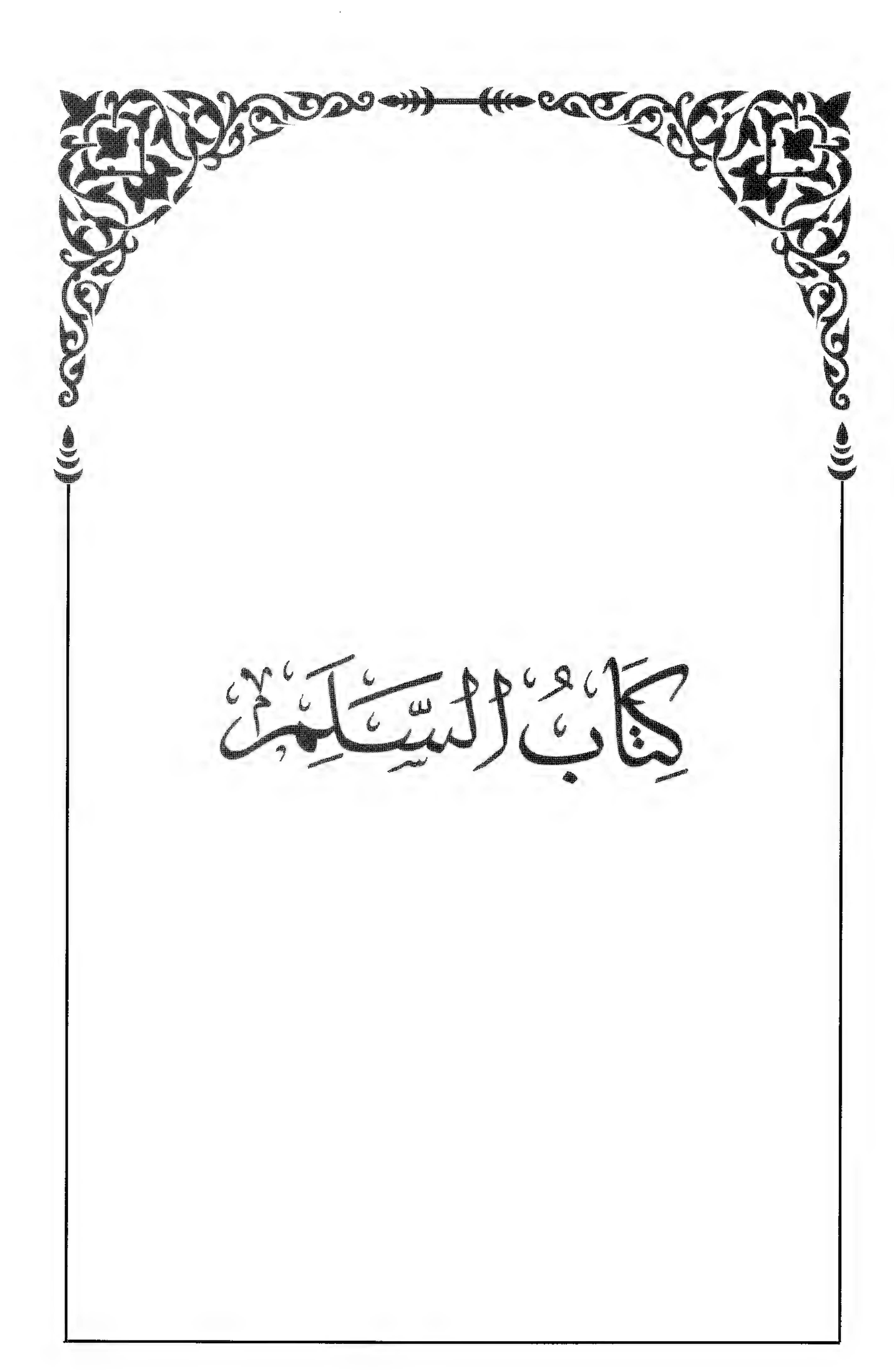
لو قال السيد له : ملكتك ما تحتطب وتصطاد وتتهبه . . لم يملك عند وجود هٰذه الأسباب وإن قلنا : يملك بتمليك سيده .

وإذا مات المأذون وعليه ديون مؤجلة وفي يده مال . . حلت كما تحل بموت الحر ، أفتىٰ به القاضي حسين[1] .

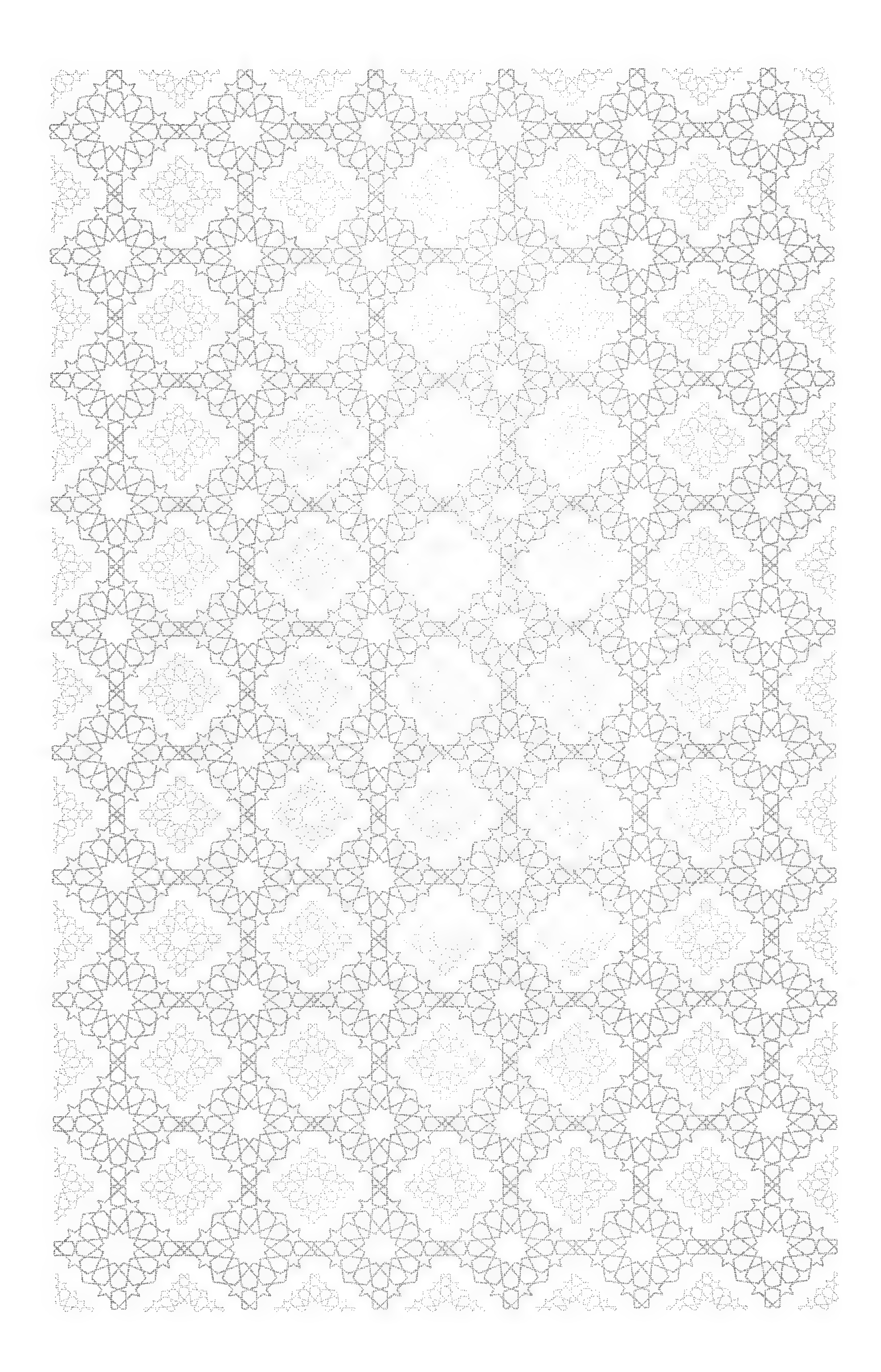
وإذا استودع بغير إذن وأتلفها . . تعلق الغرم برقبته في الأصح ، ووقع في « الحاوي الصغير » : أنه في كسبه كالمهر والنفقة ، والله أعلم .

* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .



كِتَابُ السَّلَمِ



كِتَابُ ٱلسَّلَمِ

. . . .

كتاب السلم

قال الأزهري : السلم والسلف بمعنىً واحد ، سمي : سلماً ؛ لتسليم رأس المال في المجلس ، وسلفاً ؛ لتقديمه .

وقال الماوردي : السلم لغةٌ حجازيةٌ ، والسلف عراقية ، واللفظان رواهما مسلم في « صحيحه » [١٦٠٣/١٢٦-١٦٠٤/١٢٧] كما ستأتي الإشارة إليه .

وجمع المصنف في الباب بين السلم والقرض ؛ لاشتراكهما في المعنىٰ وإن امتاز كل منهما بأمور تختص به .

وروى البيهقي والخطابي والرافعي في « شرح المسند » عن ابن عمر رضي الله عنهما : أنه كره لفظ السلم ؛ كأنه ضن بالاسم الذي هو موضوع للطاعة والانقياد لله عن أن يسمىٰ به غيره ، وأن يستعمله في غير طاعة الله ويذهب به إلىٰ معنى السلف ، وهـٰذا من الإخلاص باب لطيف المسلك .

والأصل في الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ﴾ قال ابن عباس رضي الله عنهما : (نزلت في السلم)[١] .

وروى الشيخان [خ ٢٢٣٩ـ م ١٦٠٤] عنه أنه قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث ، فقال : « من أسلف . . فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم ، إلىٰ أجل معلوم » .

قال الشافعي رضي الله عنه : وأجمعت الأمة علىٰ جواز السلم فيما علمت .

---

(١) أخرجه الطبري في « تفسيره » (٣/١١٦) .

وحكي عن سعيد بن المسيب : أنه أبطله ، وهو محجوج بالكتاب والسنة والإجماع والقياس ؛ فإن الحاجة قد تدعو إلىٰ ذلك فجوز للضرورة .

قال : (**هو بيع موصوف في الذمة**) هـٰذه أحسن العبارات ، ومع ذلك يرد عليها : ما إذا عقده بلفظ البيع ولم يتعرض للفظ السلم . . فالأصح : انعقاده بيعاً لا سلماً كما سيأتي ، فينبغي أن يزاد فيه : بلفظ السلم .

وزاد في « الروضة » : ببدل يعطىٰ عاجلاً ، ورده الشيخ بأن التعجيل شرط من شروطه ، لا أنه داخل في حقيقته .

وقال في « التنبيه » : إنه صنف من البيع ، وقال : الصلح بيع ، والإجارة بيع ؛ لأن السلم بيع الدين فقط ، والصلح يجري على العين والذمة ، وكذلك الإجارة[1] .

قال : (**يشترط له مع شروط البيع**) أي : مع ما لا بد منه في البيع (**أمور**) ؛ لمّا تقدم : أنه صنف من البيع . . لزم أن تعتبر فيه شروط البيع ، والمراد : ما لا بد في البيع منه من شروط وأركان ؛ لأنه قد تقدم : أنه أطلق الشرط علىٰ ما لا بد منه ، وذكرها الإمام سبعة :

تسليم رأس المال في المجلس ، وكون المسلم فيه ديناً ، مقدوراً علىٰ تسليمه ، معلوم المقدار ، معروف الأوصاف ، والعلم بقدر رأس المال ، وبيان موضع التسليم .

واقتصر الرافعي على الخمسة الأول ؛ لأنها متفق عليها ، والأخيران مختلف فيهما .

لـٰكن يستثنىٰ منه : أن سلم الأعمىٰ يصح وإن كان أكمه على الصحيح ، وبيعه وشراؤه لا يصحان في الجديد .

والكافر لا يصح شراؤه العبد المسلم على الصحيح كما تقدم ، وفي صحة إسلامه فيه طريقان :

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

أَحَدُهَا : تَسْلِيمُ رَأْسِ ٱلْمَالِ فِي ٱلْمَجْلِسِ . فَلَوْ أَطْلَقَ ثُمَّ عَيَّنَ وَسَلَّمَ فِي ٱلْمَجْلِسِ . . جَازَ ، . . . .

أحدهما : أنه على القولين ، والمذهب : الصحة[1] .

وعلىٰ هـٰذا : هل يؤمر بفسخه أو لا اعتراض عليه حتىٰ يقبضه؟ فيه وجهان .

قال : (**أحدها : تسليم رأس المال في المجلس**) ؛ للحديث المتقدم : « من أسلف . . فليسلف في كيل معلوم » والسلف هو التقديم ، فاقتضى التعجيل ، ولأن السلم مشتق من إسلام المال ، أي : تعجيله ، وأسماء العقود المشتقة من المعاني لا بد من تحقق تلك المعاني فيها ، فلو تفرقا من غير قبض . . لم يصح ؛ لأنه من بيع الدين بالدين وقد نهى الشارع عنه ، وبهـٰذا قال أبو حنيفة وأحمد .

وقال مالك : يجوز تأخيره مدة يسيرة كاليوم واليومين .

ولو تفرقا قبل تسليم بعضه . . فأوجه :

أصحها : أنه يصح فيما قبض مقابله ، ويبطل فيما لم يقبض مقابله .

والثاني : ينفسخ في الجميع .

والثالث : يبطل في مقابل ما لم يقبض ، وفي الباقي قولا التفريق .

قال القاضي : وهو من تفريق الصفقة في الابتداء ، وجعله الرافعي من تفريقها في الدوام ، وقال الإمام : هو رتبة ثالثة بين التفريق في الابتداء والدوام ، وكذا الخلاف في الصرف .

قال : (**فلو أطلق ثم عين وسلم في المجلس . . جاز**) ؛ لأن المقصود : أن لا يتفرقا من غير قبض رأس المال ، ولأن المجلس حريم العقد ، فجعل القبض فيه كالتعيين في صلب العقد .

وأجمعوا علىٰ : منع أن يجعل الرجل ديناً له علىٰ رجل سلماً في طعام إلىٰ أجل ؛ لأنه بيع دين بدين .

---

(١) في هامش (ك) : (تبع في هـٰذا الماوردي ، وهو رأي مرجوح ، والأصح : عدم الصحة) .

وَلَوْ أَحَالَ بِهِ وَقَبَضَهُ ٱلْمُحَالُ فِي ٱلْمَجْلِسِ . . فَلَا ، . . . .

قال : (**ولو أحال به**) أي : برأس المال (**وقبضه المحال في المجلس . . فلا**) أشار بهٰذا إلىٰ أن المراد بالتسليم : حقيقته ، فلو أحال به . . لم يصح وإن قلنا : إنها استيفاء ؛ لأن الحوالة ليست بقبض حقيقي ، والمحال عليه يؤدي عن نفسه ، لا عن المسلم .

وطريقة صحة العقد : أن يقبضه المسلم ، ثم يسلمه إلى المسلم إليه[1] .

وسكت المصنف عما إذا أحال المسلم إليه أجنبياً برأس المال على المسلم ، وهو باطل أيضاً لما تقدم .

وإن أحضر المسلم رأس المال ، فقال المسلم إليه : سلمه إليه . . صح ويكون المحتال وكيلاً عن المسلم إليه في القبض .

فرع :

وجد رأس المال في يد المسلم إليه ، وقال : قبضتُ قبل التفرق ، وقال المسلم إليه : بعده ، وأقام كل منهما بينة . . قال ابن سريج : التسليم إليه أولىٰ ؛ لأن معها

---

(١) كذا في (ز) بزيادة :(قال ابن الرفعة : وحكوا في الصرف وجهاً : أنه يصح إذا قبضه في المجلس وجعلنا استيفاء الناس ذلك جريانه هنا ، وأن يكتفىٰ بها علىٰ وجه .
تتمة :
لو كان رأس المال عبداً ، فأعتقه المسلم إليه قبل قبضه . . لم يصح إن لم يصحح إعتاق المشتري قبل القبض ، وإلا . . فوجهان صرح بهما المتولي والرافعي ، وهما احتمالان للقاضي حسين :
أحدهما : ينفذ العتق ويصير قابضاً ، ويلزم العقد .
الثاني : لا ينفذ .
فإذا أبطلنا متفرقاً قبل قبضه . . بطل العقد ، وإلا . . فيصح وفي نفوذ العتق وجهان . فلو قبضه المسلم وسلمه المسلم إليه في المجلس . . جاز .
وعكس المسألة : لو أحال المسلم إليه برأس المال على المسلم فتفرقا قبل التسليم . . بطل العقد وإن قلنا : الحوالة قبض ؛ فلو أحضر رأس المال فقال المسلم إليه : سلمه إليه ففعل . . صح ، ويكون المحتال وكيلاً عن المسلم إليه في القبض) .

وَلَوْ قَبَضَهُ وَأَوْدَعَهُ ٱلْمُسْلِمَ . . جَازَ . وَيَجُوزُ كَوْنُهُ مَنْفَعَةً ، وَيُقْبَضُ بِقَبْضِ ٱلْعَيْنِ . وَإِذَا فُسِخَ ٱلسَّلَمُ وَرَأْسُ ٱلْمَالِ بَاقٍ . . ٱسْتَرَدَّهُ بِعَيْنِهِ ، وَقِيلَ : لِلْمُسْلَمِ إِلَيْهِ رَدُّ بَدَلِهِ إِنْ عُيِّنَ فِي ٱلْمَجْلِسِ دُونَ ٱلْعَقْدِ . . . .

زيادة علم وهو القبض قبل التفرق ، فلو لم تكن بينة . . فالقول قول مدعي الصحة .

قال : (**ولو قبضه وأودعه المسلم . . جاز**) ؛ قياساً علىٰ سائر أمواله .

ولو قبضه ، ثم رده إليه عن دين . . ففي « الرافعي » عن أبي العباس الروياني : أنه لا يصح ، وأقره عليه .

والصواب : صحته[1] ؛ لأن التصرف في الثمن مع البائع في مدة الخيار صحيح على الأصح ، ويكون إجازة منهما ، وكذلك تصرف المشتري في المبيع .

قال : (**ويجوز كونه منفعة ، ويقبض بقبض العين**) المراد : إذا جعل منفعة الدار أو العبد أو غيرهما مدة معلومة رأس مال الثمن . . جاز ، كما يجوز جعل المنفعة ثمناً وأجرة وصداقاً ، ويكون تسليمها بتسليم العين ؛ لأنه لما تعذر القبض الحقيقي . . اكتفينا بهٰذا لأنه الممكن .

وشمل إطلاق المصنف : ما لو كانت المنفعة متعلقة ببدنه كتعليم سورة أو خدمة شهر ، ويكون تسليمها بتسليم نفسه ، وفي جواز ذلك كله نظر ، ولأجل ذلك أسقط المصنف هٰذه المسألة من « الروضة » .

قال : (**وإذا فسخ السلم ورأس المال باق . . استرده بعينه**) فيمتنع إبداله إن كان معيناً في العقد ؛ لأن الثمن المعين في العقد كالمبيع ، وكذا إن كان مطلقاً وعين في المجلس في الأصح ؛ لأنه بالتعيين في المجلس صار كالمعين في صلب العقد .

واحترز بقوله : (باق) عما إذا تلف ؛ فإنه يرد مثله في المثلي ، وقيمته في المتقوم .

قال : (**وقيل : للمسلم إليه رَدُّ بدله إن عين في المجلس دون العقد**) ؛ لأن العقد لم يتناوله .

---

(١) في هامش (ك) : (كما صححه في « المهمات ») .

وَرُؤْيَةُ رَأْسِ ٱلْمَالِ تَكْفِي عَنْ مَعْرِفَةِ قَدْرِهِ فِي ٱلأَظْهَرِ . ٱلثَّانِي : كَوْنُ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ دَيْناً ، فَلَوْ قَالَ : أَسْلَمْتُ إِلَيْكَ هَـٰذَا ٱلثَّوْبَ فِي هَـٰذَا ٱلْعَبْدِ . . فَلَيْسَ بِسَلَمٍ ، . . .

قال الشيخ : والذي يظهر : أن محل هـٰذا الوجه إذا جرى الفسخ بعد التفرق ، أما قبله . . فيسترد لا محالة .

وخص المتولي الوجهين : بما إذا كان رأس المال مثلياً ، وقطع بتعيين رده إذا كان متقوماً .

قال : (**ورؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره في الأظهر**) كالمهر وثمن المبيع .

والثاني : لا تكفي بل يجب ذكر قدره ، وكذا صفته ؛ لأنه لا يؤمن أن يفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه ، فإذا لم يعرف قدره وصفته . . لم يعرف ما يرده ، وبهـٰذا قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : إن كان مكيلاً أو موزوناً . . وجب ضبط صفاته ، وإن كان مذروعاً أو معدوداً . . فلا .

وأجيب عن الثاني بأن احتمال الفسخ ثابت في البيع .

ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل ، ومنهم من خصهما بالمؤجل وقطع في الحال بأن المعاينة كافية .

وكلام المصنف محمول علىٰ ما إذا كان رأس المال مثلياً ، أما المتقوم المشاهد . . فلا تشترط معرفة قيمته على المذهب .

كل هـٰذا إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة على القول بها ، فإن علما ذلك ثم تفرقا . . فلا خلاف في الصحة ، وحيث صح ثم اتفق فسخ وتنازعا في قدره . . صدق المسلم إليه ؛ لأنه غارم .

قال : (**الثاني : كون المسلم فيه ديناً**) ؛ لأن بذلك تتحقق حقيقة السلم ، وفي تسمية هـٰذا شرطاً ـ وهو لا بد منه ـ نظرٌ ، لـٰكن الفقهاء يطلقونه عليه .

قال : (**فلو قال : أسلمت إليك هـٰذا الثوب في هـٰذا العبد . . فليس بسلم**) ؛ لعدم الدينية .

وَلاَ يَنْعَقِدُ بَيْعاً فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَوْ قَالَ : ٱشْتَرَيْتُ مِنْكَ ثَوْباً صِفَتُهُ كَذَا بِهَـٰذِهِ ٱلدَّرَاهِمِ ، فَقَالَ : بِعْتُكَ . . ٱنْعَقَدَ بَيْعاً ، وَقِيلَ : سَلَماً . ٱلثَّالِثُ : ٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ بِمَوْضِعٍ لاَ يَصْلُحُ لِلتَّسْلِيمِ ، أَوْ يَصْلُحُ وَلِحَمْلِهِ مُؤْنَةٌ . . ٱشْتُرِطَ بَيَانُ مَحَلِّ ٱلتَّسْلِيمِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

قال : (**ولا ينعقد بيعاً في الأظهر**) ؛ لاختلاف اللفظ واختلاف الأحكام ، فإن اسم السلم يقتضي الدينية فإضافته إلى المعين تناقض .

والثاني : ينعقد بيعاً ؛ نظراً إلى المعنىٰ وهو بعيد .

ولو قال : بعتك بلا ثمن . . ففي انعقاده هبة هـٰذا الخلاف .

قال : (**ولو قال : اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهـٰذه الدراهم ، فقال : بعتك . . انعقد بيعاً**) ؛ اعتباراً باللفظ .

هـٰذا إذا لم يذكر بعده لفظ السلم ، فإن قال : بعتك كذا سلماً أو اشتريته سلماً . . فإنه يكون سلماً كما جزم به الرافعي في تفريق الصفقة .

قال : (**وقيل : سلماً**) ؛ اعتباراً بالمعنىٰ ، وصححه العراقيون ، وجزم به في « التنبيه » ، والروياني والجرجاني ، ونقل عن النص ، واختاره الشيخ ورجحه في « المهمات » .

فعلىٰ هـٰذا : لا يثبت فيه خيار الشرط ، ولا يجوز الاعتياض عن الثوب ، ويجب قبض رأس المال في المجلس .

وعلى الأول : يثبت الخيار ، ولا يجب التسليم ، وفي الاعتياض القولان : أصحهما : الجواز .

قال : (**الثالث : المذهب : أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم أو يصلح ولحمله مؤنة . . اشترط بيان محل التسليم ، وإلا . . فلا**) ؛ لأن الموضع إذا كان صالحاً للتسليم وليس للحمل مؤنة . . اقتضى العرف وجوب التسليم فيه فحمل عليه ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الأمكنة ، وجملة ما في المسألة سبع طرق :

. . . .

إحداها : قولان .

والثانية : إن عقدا في موضع يصلح للتسليم . . لم يشترط ، وإلا . . اشترط .

والثالثة : إن كان لحمله مؤنة . . اشترط ، وإلا . . فلا .

والرابعة : إن لم يصلح . . اشترط ، وإلا . . فقولان .

والخامسة : إن لم يكن لحمله مؤنة . . لم يشترط ، وإلا . . فقولان .

والسادسة : إن كان له مؤنة . . اشترط ، وإلا . . فقولان .

والسابعة : ما في الكتاب .

والمراد بمحل العقد : تلك المحلة ، لا خصوص الموضع الذي عقد فيه .

والمصنف أطلق المسألة ، ومحلها في السلم المؤجل ، أما الحال . . فلا يشترط فيه بيان التسليم ، بل يتعين موضع العقد كالبيع ، لكن لو عينا غيره . . جاز بخلاف البيع .

فروع :

الثمن في الذمة والأجرة والصداق وعوض الخلع والكتابة ومال الصلح عن دم العمد وكلُّ عوضٍ ملتزمٍ في الذمة . . حكمُه حكم السلم الحال ، إن عين للتسليم موضعاً . . جاز ، وإلا . . تعين موضع العقد .

ومتىٰ شرطنا التعيين فلم يعين . . فسد العقد ، وإن لم يشرطه فعيَّن . . تعيَّن ، وعند الإطلاق يحمل علىٰ مكان العقد على الصحيح ، فلو عيَّن موضعاً فخرب وصار لا يصلح . . فالأقيس : تعين أقرب موضع صالح[1] .

ولو شرط تسليم المسلم فيه ببلد . . لزمه في أولها ، ولا يكلف نقله إلىٰ منزله ، ولو قال : في أي موضع شئت من البلدان . . فسد السلم ، ولو قال : في أي موضع

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَصِحُّ حَالاً وَمُؤَجَّلاً ، فَإِنْ أَطْلَقَ . . ٱنْعَقَدَ حَالاً ، وَقِيلَ : لاَ يَنْعَقِدُ . . . .

شئت من البلد الفلاني ، فإن كان واسعاً كالبصرة وبغداد . . لم يجز ، وإن كان صغيراً . . جاز .

قال : (**ويصح حالاً ومؤجلاً**) أما المؤجل . . فبالنص والإجماع ، وأما الحال . . فلأنه إذا جاز مؤجلاً . . فلأن يجوز حالاً أولىٰ ؛ لبعده عن الغرر .

ونقض هٰذا بالكتابة .

وأجيب بأن الأجل في الكتابة واجب ؛ لعدم قدرة العبد ، والحلول ينافي ذلك .

ومنع الأئمة الثلاثة السلم الحال ؛ لقوله في الحديث : « إلىٰ أجل معلوم » .

جوابه : أن المراد : في كيل معلوم إن كان مكيلاً ، وأجل معلوم إن كان مؤجلاً ، ووزن معلوم إن كان موزوناً ، وهم جوزوه في المذروع والمعدود ، مع أن الحديث إنما نص على المكيل والموزون .

وشرط جواز السلم حالاً : أن يكون المسلم فيه موجوداً ، فأما ما لم يوجد إلا بعد ذلك كالرطب في غير أوانه . . فلا يجوز إلا مؤجلاً .

تتمة :

قال المتولي : وفائدة العدول عن البيع إلى السلم الحال : أن المال ربما لا يكون حاضراً ، فلو باعه منه . . كان بيع غائب ، فيعدل إلى السلم ويصف المال بصفاته ، ويحضره ليكون العقد صحيحاً لازماً .

قال : (**فإن أطلق . . انعقد حالاً**) كالثمن في البيع المطلق .

قال : (**وقيل : لا ينعقد**) ؛ لأن العرف في السلم التأجيل فحمل عليه ، وهو مجهول فيفسد .

ثم هٰذا التأجيل فيه أصل والحلول رخصة ، أو بالعكس ، أو كل منهما أصل ، فيه ثلاثة أوجه في « الحاوي » ، تظهر ثمرتها فيما إذا أطلق هل ينعقد أو لا؟

وإذا شرط المطالبة متىٰ شاء . . فهو حال في أول أوقات الإمكان ، وإذا أطلقا العقد ثم ألحقا أجلاً في المجلس . . فالمذهب : لحوقه ، ولو صرحا بالأجل في العقد ثم

وَيُشْتَرَطُ ٱلْعِلْمُ بِٱلأَجَلِ . فَإِنْ عَيَّنَ شُهُورَ ٱلْعَرَبِ أَوِ ٱلْفُرْسِ أَوِ ٱلرُّومِ . . جَازَ ، . .

أسقطاه في المجلس . . سقط وصار حالاً .

قال : (**ويشترط العلم بالأجل**) أي : إذا عقداه مؤجلاً ، فلا يصح تأقيته بالحصاد والدياس ولا بقدوم الحاج والميسرة ، خلافاً لمالك .

لنا : قوله تعالىٰ : ﴿ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « إلىٰ أجل معلوم » .

وقال ابن خزيمة : يجوز التأقيت بالميسرة ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترىٰ من يهودي شيئاً إلى الميسرة ، والحديث صححه الحاكم [٢/٢٣] ، ورواه النسائي [٧/٢٩٤] عن عائشة رضي الله عنها ، ولفظه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إلىٰ يهودي أن ابعث لي بثوبين إلى الميسرة) .

والجواب : ضعف الحديث ، أو لعل الوقت كان معلوماً ، أو أن هـٰذا لم يكن عقداً بل استدعاء ولهـٰذا لم يصف الثوبين .

وفي جواز تأجيل الضمان بالميسرة والحصاد والدياس قولان .

قال : (**فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم . . جاز**) ؛ لأنها معلومة مضبوطة .

أما شهور العرب . . فبالإجماع وهي الهلالية ، وأما شهور الفرس . . فعلى الصحيح .

فشهور العرب شهر منها ثلاثون يوماً وشهر تسعة وعشرون ، إلا ذا الحجة ؛ فإنه تسعة وعشرون وخمس وسدس ، فالسنة العربية ثلاث مئة وأربعة وخمسون يوماً وخمس وسدس يوم ، كذا ذكره صاحب « المهذب » في (كتاب الطلاق) .

وتوقف مجلي فيه وقال : لم يبن لي وجه زيادة الخمس والسدس ولا رأيته لغيره من الأصحاب .

وصحح الجيلي : أن الهلالية ثلاث مئة وخمسة وخمسون يوماً .

وأما السنة الشمسية . . فثلاث مئة وخمسة وستون يوماً وربع يوم ، أولها الحمل ، وربما يجعل أولها النيروز .

فَإِنْ أَطْلَقَ . . حُمِلَ عَلَى ٱلْهِلاَلِيِّ ، فَإِنِ ٱنْكَسَرَ شَهْرٌ . . حُسِبَ ٱلْبَاقِي بِٱلأَهِلَّةِ وَتُمِّمَ ٱلأَوَّلُ ثَلاَثِينَ . . . .

والهلالية أولها المحرم ، وقد استقر التأريخ الإسلامي من هجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة ، وكانت في شهر ربيع الأول ، ثم قدم عنه بشهرين .

وأما شهور الفرس ـ وهم فارس ـ فعدة كل شهر منها ثلاثون يوماً ، إلا الأخير فخمسة وثلاثون[1] ، فتكون سنتهم ثلاث مئة وخمسة وستين يوماً .

وأما شهور الروم . . فالثاني والسابع والتاسع والثاني عشر كل منها ثلاثون يوماً ، والخامس ثمانية وعشرون يوماً وربع يوم ، والسبعة الباقية أحد وثلاثون ، فتكون سنتهم ثلاث مئة وخمسة وستين يوماً وربع يوم .

قال : (**فإن أطلق . . حمل على الهلالي**) ؛ لأنه عرف الشرع سواء في ذلك السنة والشهر .

قال : (**فإن انكسر شهر . . حسب الباقي بالأهلة وتمم الأول ثلاثين**) ؛ لأنه لما تعذر اعتبار الهلالي في المنكسر . . رجعنا إلى العدد ، وقيل : إذا انكسر الأول . . انكسر الجميع ، فيعتبر الجميع بالعدد ثلاثين ثلاثين ، وبهـٰذا قال ابن بنت الشافعي .

تنبيه :

كلامه يفهم : أنه إذا أجله بثلاثة أشهر والعقد في آخر يوم من شهرٍ ـ كصفر مثلاً ـ فمضى الربيعان وجمادىٰ ناقصاً . . أنه لا يحل إلا بمضي جزء من جمادىٰ قدر الباقي من صفر ، وبه جزم الإمام ، وقال غيره : يحل بمضي الثلاثة ؛ فإنها عربية كوامل ، وهـٰذا هو الصواب[2] ، وأبداه الإمام احتمالاً ، وهـٰذه ترد علىٰ إطلاق الكتاب .

---

(١) كذا في (ز) : بزيادة : (وإنما سميت شهورهم : أيلون وتشرين الأول والثاني ، وهـٰذه الثلاثة فصل الخريف ، وكانون الأول والثاني وسباط ـ بالسين المهملة ـ وآذار بالذال المعجمة ونيسان وأيار وحزيران وتموز وآب . . .) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : صِحَّةُ تَأْجِيلِهِ بِٱلْعِيدِ وَجُمَادَىٰ ، وَيُحْمَلُ عَلَى ٱلأَوَّلِ . . . .

قال : (**والأصح : صحة تأجيله بالعيد وجمادىٰ ، ويحمل على الأول**) ؛ لتحقق الاسم به .

والثاني : يفسد ؛ لتردده بينهما ، ويجريان في التوقيت بربيع وبنفر الحجيج .

قال ابن الرفعة : الظاهر : أن محل الخلاف في العيدين : إذا كان العقد قبلهما ، فإن كان بينهما . . انصرف بحسب الواقع إلى الآخر منهما ؛ لأنه الذي يلي العقد .

ولو قال : إلىٰ أول شهر كذا أو آخره . . بطل ؛ لأنه يقع في جميع النصف الأول أو الآخر ، كذا نقله الشيخان عن عامة الأصحاب ، ثم نقلا عن الإمام والبغوي : أنه يصح ، ويحمل على الجزء الأول .

قال الشيخ : والمنصوص في « البويطي » : الصحة[1] ، وصرح به الشيخ أبو حامد والماوردي .

قال الشيخ : وهو الأقوىٰ دليلاً والأصح نقلاً ، وفي « المهمات » : أنه المعتمد في الفتوىٰ[2] .

تتمة :

التأجيل بالنيروز والمهرجان جائز على الصحيح .

فـ(النيروز) : عند نزول الشمس برج الميزان .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) كذا في (ز) بزيادة : (قال المتولي وغيره : ولو قال : أسلمت إليك إلىٰ يوم كذا . . حل الأجل بطلوع فجر ذلك اليوم ، ولو قال « في » . . لم يصح ، وقيل : كـ« إلىٰ » ، واليوم أولىٰ بالصحة ثم الشهر .

وحكى ابن الصلاح في « رحلته » وجهين عن « الكفاية » شرح « مختصر المزني » للصيمري أنه قال : إذا أسلم إلىٰ نهار كذا . . هل يدخل بالفجر أو بطلوع الشمس؟

ولو قال : إلىٰ طلوع الشمس غداً . . لم يصح ، وعلله في « البحر » في آخر « خيار المتبايعين » بأن طلوع الشمس قد لا يكون بأن تغيم السماء ، بخلاف قوله : إلىٰ وقت طلوع الشمس ؛ فإنه يصح ، وفي الأول نظر ؛ لأن المفهوم من طلوعها وجوده في نفس الأمر) .

فَصْلٌ :

يُشْتَرَطُ كَوْنُ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ : مَقْدُوراً عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ عِنْدَ وُجُوبِ ٱلتَّسْلِيمِ . فَإِنْ كَانَ يُوجَدُ بِبَلَدٍ آخَرَ . صَحَّ إِنِ ٱعْتِيدَ نَقْلُهُ لِلْبَيْعِ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَلَوْ أَسْلَمَ فِيمَا يَعُمُّ فَٱنْقَطَعَ فِي مَحِلِّهِ . . لَمْ يَنْفَسِخْ فِي ٱلأَظْهَرِ ، فَيَتَخَيَّرُ ٱلْمُسْلِمُ بَيْنَ فَسْخِهِ ، وَٱلصَّبْرِ حَتَّىٰ يُوجَدَ ، . . . .

و(المهرجان) بكسر الميم : عند نزولها الحملَ .

ولو أجلا بفصحِ النصارىٰ ـ بكسر الفاء ، وهو : يوم الأحد الذي يلي سبت الظلام الذي بعده خميس العدس ، وهو عيدهم الذي بعد صيامهم ـ أو فطر اليهود ـ وهو : عيد لهم ـ فقد نص الشافعي رضي الله عنه علىٰ : أنه لا يصح ، والمذهب : الصحة إذا عرفه المسلمون .

قال : (**فصل** :

يشترط كون المسلم فيه : مقدوراً علىٰ تسليمه عند وجوب التسليم) فإن كان حالاً . . اشترطت القدرة عليه حال العقد وإن كان مؤجلاً عند الحلول ؛ لأن المعجوز عن تسليمه لا يصح بيعه فامتناع السلم فيه أولىٰ، وهـٰذا الشرط ليس من خواص السلم بل يعم كل بيع ، وإنما ذكره ؛ لما ينبني عليه من الفروع الآتية ، وكذا لا يصح علىٰ أقرب الوجهين إذا غلب على الظن وجوده لـٰكن بمشقة عظيمة كالقدر الكثير من باكورة التمر .

قال : (**فإن كان يوجد ببلد آخر . . صح إن اعتيد نقله للبيع ، وإلا . . فلا**) ؛ لأن الأول مقدور علىٰ تسليمه دون الثاني ، وهـٰذا التفصيل ذكره الإمام ، ونقله عنه الرافعي هنا ، ثم خالفه في آخر الباب[1] .

قال : (**ولو أسلم فيما يعم فانقطع في محله . . لم ينفسخ في الأظهر**) كما إذا أفلس المشتري بالثمن .

قال : (**فيتخير المسلم بين فسخه ، والصبر حتىٰ يوجد**) .

---

(١) في هامش (ك) : (ويفرق بأنه لا مؤنة لنقله هنا على المسلم إليه ، فحيث اعتيد نقله من قطر إلىٰ محل العقد . . صح وإن تباعدا ، بخلافها فيما سيأتي ؛ لأنها لازمة له فاعتبر تحقيقها قرب المسافة) .

والثاني : ينفسخ كما لو اشترىٰ قفيزاً من صبرة فتلفت ، وكما لو تلف المبيع قبل القبض .

ولو قصر المسلم إليه في الدفع حتى انقطع . . جرى القولان ، وقيل : لا ينفسخ قطعاً .

ويجريان أيضاً فيما إذا حل الأجل بموت المسلم إليه قبل وجود المسلم فيه ، أو تأخيره التسليم لغيبة أحد العاقدين ، أو تسويف المسلم إليه ومدافعته إلىٰ أن انقطع .

والمراد بانقطاعه : أن ينقطع البتة ، أو وجد ببلد آخر ويفسد بالنقل ، أو امتنع من هو عنده من بيعه ، أما لو كان يوجد بثمن غال[1] . . فيجب تحصيله ، وكذا إن أمكن نقله من غير فساد . . وجب إن قربت المسافة .

قال : (**ولو علم قبل المحل انقطاعه عنده . . فلا خيار قبله في الأصح**) ؛ لأنه لم يدخل وقت وجوب التسليم .

والثاني : نعم ؛ لتحقق العجز في الحال .

والوجهان مخرجان بما إذا حلف ليأكلن هـٰذا الطعام غداً فتلف قبل الغد هل يحنث في الحال أو يتأخر إلى الغد؟

فرع :

في هـٰذا الخيار ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه على الفور .

والثاني : إلىٰ ثلاثة أيام .

والثالث ـ وهو الصحيح ـ : أنه على التراخي لا يبطل بالتأخير ولا بالتصريح بالإسقاط على الصحيح ، وله الفسخ بعد ذلك ـ كزوجة المولي إذا رضيت ثم أرادت

(١) في هامش (ك) : (بأن ارتفع سعره ولم يزد علىٰ ثمن مثله) .

وَكَوْنُهُ مَعْلُومَ ٱلْقَدْرِ كَيْلاً أَوْ وَزْناً أَوْ عَدّاً أَوْ ذَرْعاً . وَيَصِحُّ فِي ٱلْمَكِيلِ وَزْناً وَعَكْسُهُ ، وَلَوْ أَسْلَمَ فِي مِئَةِ صَاعِ حِنْطَةٍ عَلَىٰ أَنَّ وَزْنَهَا كَذَا . . لَمْ يَصِحَّ . . . . . .

المطالبة . . كان لها ذلك ـ ولو صرح بإسقاط الفسخ . . لم يسقط في الأصح .

قال : (**وكونه معلوم القدر كيلاً أو وزناً أو عداً أو ذرعاً**) ؛ للحديث المتقدم ، أما ما لا يأتي وزنه بالقبان لكبره . . فإنه يوزن بالعرض على الماء ؛ بأن يوضع في ظرف ويلقىٰ في الماء وينظر قدر غوصه[1] ، وقد عولوا عليه هنا وفي (الزكاة) في الإناء بعضه ذهباً وبعضه فضة ، والظاهر في (الربا) : أنه لا يعول عليه[2] .

قال : (**ويصح في المكيل وزناً وعكسه**) ؛ لأن المقصود معرفة المقدار ، بخلاف الربويات ؛ فإن الغالب عليها التعبد ، كذا أطلق هـٰذا الحكم جماعة ، وحمله الإمام علىٰ ما يعد الكيل في مثله ضابطاً[3] ، فلو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً . . لم يصح ، وصحح هـٰذا المصنف في « التصحيح » ، لـٰكن جزم الرافعي بعد هـٰذا بالجواز في اللآلىء الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزناً ، وهو مخالف لما تقدم عن الإمام فيما لا يعد الكيل فيه ضبطاً ، فكأنه اختار هنا إطلاق الأصحاب[4] .

قال : (**ولو أسلم في مئة صاع حنطة علىٰ أن وزنها كذا . . لم يصح**) ؛ لأنه يورث عزة الوجود ، وكذا في الثياب بالذرع والوزن ، أما في الخشب . . فيصح ؛ لأنه إن زاد . . أمكن نحته .

---

(١) في هامش (ز) : (قال في « شرح الروض » [٢/١٣٧] : « وما لا يوزن بالقبان لكبره يوزن بالماء » أي : بالعرض عليه ؛ بأن يوضع في سفينة في الماء ، ويعرف القدر الذي انتهىٰ إليه غوصها ، ثم يخرج منها ويوضع ما يوزن كطعام أو رمل حتىٰ ينزل منها في الماء بقدر ما نزل منها أولاً ، ثم يوزن ما وضع فيها ثانياً فيعرف قدر المسلم فيه) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (ك) : (وأجاب عنه البلقيني بأنه ليس مخالفاً له ؛ لأن فتات المسك والعنبر ونحوهما إنما لم يعد الكيل فيها ضبطاً ؛ لكثرة التفاوت بالنقل على المحل أو تركه ، وفي اللؤلؤ لا يحصل بذلك تفاوت كالقمح والفول فيصح فيه بالكيل ، فلا مخالفة .
فالمعتمد : تقييد الإمام ، وبه جزم النووي في « تصحيحه ») .

وَيُشْتَرَطُ ٱلْوَزْنُ فِي ٱلْبِطِّيخِ وَٱلْبَاذَنْجَانِ وَٱلْقِثَّاءِ وَٱلسَّفَرْجَلِ وَٱلرُّمَّانِ . وَيَصِحُّ فِي ٱلْجَوْزِ وَٱللَّوْزِ بِٱلْوَزْنِ فِي نَوْعٍ يَقِلُّ ٱخْتِلَافُهُ ، وَكَذَا كَيْلاً فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ويشترط الوزن في البطيخ والباذنجان والقثاء والسفرجل والرمان**) ؛ لأنها إذا كيلت . . تجافت في المكيال ، وإذا عدت . . تفاوتت ، ولو جمع في ذلك بين العد والوزن . . كان مفسداً .

قال الرافعي : ولا يجوز السلم في البطيخة الواحدة والسفرجلة الواحدة ولا في عدد منها[1] ؛ لأنه يحتاج إلىٰ ذكر حجمها ووزنها وذلك يورث عزة الوجود .

قال الشيخ : والذي قاله سبقه إليه الفوراني والمتولي والبغوي ، وهو مخالف لنص الشافعي رضي الله عنه في « البويطي » ؛ فإنه صرح فيه بأن السلم في عدد منه ومن البيض مع التعرض لوزن كل واحدة . . جائز ، ويجوز السلم في البيض والبقول وزناً ، وجوز أبو حنيفة في البيض عداً .

ونقل ابن المنذر عن الشافعي رضي الله عنه : أنه لا يجوز في البيض ولا في البقول ، ومعناه : أن ذلك لا يجوز عدداً ، أما وزناً . . فجائز قطعاً .

قال : (**ويصح في الجوز واللوز بالوزن في نوع يقل اختلافه**) ؛ لأن العادة جارية بذلك ، فإن اختلفت قشوره . . لم يجز السلم فيه ، وهـٰذا الشرط استدركه الإمام على الأصحاب فإنهم أطلقوا الصحة ، فتبعه الرافعي والمصنف في كتبهما ، لـٰكن المصنف في « نكته على الوسيط » بعد أن حكىٰ قول الإمام ، قال : المشهور في المذهب ما أطلقه الأصحاب ونص عليه الشافعي رضي الله عنه[2] .

ويجوز السلم في المشمش كيلاً ووزناً وإن اختلفت نواه كبراً وصغراً[3] .

قال : (**وكذا كيلاً في الأصح**) ؛ قياساً على الحبوب ، وقيل : لا ؛ لتجافيهما في المكيال ، فالأول نقله المزني ، والثاني البويطي ، فالخلاف قولان لا وجهان ، والفستق والبندق كالجوز واللوز .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (وهو المعتمد ، قال الإسنوي : وهو الصواب ؛ لأنه متتبع لا مختصر) .
(٣) في هامش (ك) : (يجري في هـٰذا كلام الإمام المتقدم) .

وَيُجْمَعُ فِي ٱللَّبِنِ بَيْنَ ٱلْعَدِّ وَٱلْوَزْنِ . ولَوْ عَيَّنَ كَيْلاً . . فَسَدَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْتَاداً ، وَإِلاَّ . . فَلاَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ويجمع في اللبن بين العد والوزن**) فيقول : كذا كذا لبنة كل لبنة زنتها كذا ؛ لأنه يضرب باختيار فلا يورث عزة الوجود ، ثم الأمر فيها على التقريب .

وأفاد في « المهمات » : أن الشافعي رضي الله عنه نص علىٰ : أن الوزن في اللبن مستحب لا بأس بتركه[1] ، لـٰكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته وأنه من طين معروف ، فالراجح : عدم اشتراط ما ذكره المصنف في الجمع بين الوزن والعد .

ويصح السلم في الطوب الآجر على الصحيح المنصوص ، فيذكر صفة الطبخ واللون ، ولا يجوز السلم في (الآجر الملهوج) وهو : الذي لم يتكامل نضجه .

وسئل الشيخ عن جواز السلم في الفحم ، فأجاب بأن الشافعي رضي الله عنه نص علىٰ جوازه في الآجر ، والفحم يشبهه[2] ؛ لأن الحطب يجعل كقمين الطوب وتوقد عليه النار حتىٰ يستوي ، فهـٰذا مأخذه ، قال : ولم أجد فيه نقلاً ، ولا بأس بالإفتاء بالجواز ؛ لما قلناه .

قال : (**ولو عين كيلاً . . فسد إن لم يكن معتاداً**) أي : ولم يعرف مقداره كالقصعة والكوز ؛ لجهالته وللغرر ؛ لأنه قد يتلف قبل المحل ، أما لو قال : بعتك من هـٰذا ملء هـٰذه القصعة . . فإنه يصح ؛ لانتفاء العلتين .

قال : (**وإلا . . فلا في الأصح**) يعني : إذا كان معتاداً . . لم يفسد ، بل يلغو الشرط ؛ لانتفاء الغرض في تعيينه .

والثاني : يفسد ؛ لتعرضه للتلف .

والمراد بـ(المعتاد) : أن يكون يعرف ما يسع ، وبـ(غير المعتاد) : أن لا يعرف ما يسع ، وهـٰكذا لو شرط الوزن بصنجة بعينها أو الذرع بذراع بعينه ، إن كان مجهولاً . . بطل العقد ، وإن كان معلوماً . . صح في الأصح ويلغو التعيين .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

كل هـٰذا في السلم المؤجل ، أما الحال . . فالمنصوص : أنه كالبيع[1] .

ولو شرط الذرع بذراع يده . . فقيل : يصح ، والأصح : المنع ؛ لأنه قد يموت ، ذكره الماوردي .

ولو قال : أسلمت إليك في ثوب كهـٰذا الثوب ، أو في مئة صاع من الحنطة كهـٰذه الحنطة . . لم يصح على الأصح المنصوص .

ولو أسلم في ثوب ووصفه ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصفة . . جاز إن كانا ذاكرين لتلك الصفات .

والفرق : أن الإشارة إلى المعين لم تعتمد الوصف .

قال : (**ولو أسلم في ثمر قرية صغيرة . . لم يصح**) ؛ لأنه قد يتعذر ذلك ، وذلك غرر من غير حاجة ، واستدل له بما روى البيهقي [٦/ ٢٤] والدارقطني في « المؤتلف » عن عبد الله بن سلام : أن زيد بن سَعَنَة رضي الله عنهما قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا محمد ؛ هل لك أن تبيعني تمراً معلوماً إلىٰ أجل معلوم من حائط لبني فلان ، فقال : « لا يا يهودي ، لا أبيعك من حائط مسمى إلى أجل مسمىً ، ولـٰكن أبيعك أوسقاً إلىٰ أجل مسمى » قال الحافظ المزي : إنه حسن[2] .

وزيد بن سَعَنَة رضي الله عنه كان يهودياً ثم أسلم ، وشهد مشاهد كثيرة ، وكان يقول : ما من شيء من علامات النبوة إلا وقد عرفته في وجه النبي صلى الله عليه وسلم إلا اثنتين لم أَخبُرهما منه : يسبق حلمه جهله ، ولا تزيده كثرة الجهل عليه إلا حلماً ، ثم قال : لما جئته أتقاضاه دين هـٰذا السلم . . وجدته قد خرج في جنازة هو وأصحابه نحو البقيع ، فنظرت إليه بوجه غليظ ، وأخذت بمجامع قميصه وردائه وقلت : اقضني يا محمد حقي ، فنظر إلي عمر وعيناه تدوران في وجهه كالفلك المستدير ، ثم رماني ببصره وقال : يا يهودي ؛ أتفعل هـٰذا برسول الله صلى الله عليه وسلم؟! فوالذي بعثه

---

(١) في هامش (ك) : (والأصح : أنه كالمؤجل كما قطع به الشيخ أبو حامد) .
(٢) انظر « تهذيب الكمال » (٧/ ٣٤٤) .

أَوْ عَظِيمَةٍ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَمَعْرِفَةُ ٱلأَوْصَافِ ٱلَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا ٱلْغَرَضُ ٱخْتِلاَفاً ظَاهِراً ، . . . .

بالحق ، لولا ما أحاذر فوته . . لضربت بسيفي رأسك ، قال : ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر إلىٰ عمر في سكون وتؤدة وتبسم ، ثم قال : « يا عمر ؛ أنا وهو كنا إلىٰ غير هـٰذا منك أحوج ؛ أن تأمرني بحسن الأداء ، وتأمره بحسن التقاضي ، اذهب به يا عمر فاقضه حقه ، وزده عشرين صاعاً مكان ما رُعْتَه » فأسلم عند ذلك زيد بن سعنة رضي الله عنه .

قال : (**أو عظيمة . . صح في الأصح**) ؛ لأنه لا ينقطع غالباً .

والثاني : أنه كتعيين المكيال ، وعلىٰ هـٰذا : يفسد العقد في وجه ، والأصح : أنه يصح ويلغو الشرط .

وموضع الخلاف : ما إذا لم يفد تنويعاً ، فإن أفاده كمعقلي البصرة . . جاز جزماً ؛ لأنه مع معقلي بغداد صنف ، لـٰكن يختلفان في الأوصاف ، ومثله القمح الصعيدي مع البحري .

وأفهمت عبارته : أنه لو أسلم في جميع ثمرة القرية العظيمة . . صح ، والأصح خلافه .

قال : (**ومعرفةُ الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً**) ؛ لأن القيمة تختلف بسببها ، واحترز بذلك عما يتسامح الناس بإهمال ذكره .

وجملة كلام المصنف معطوفة علىٰ قوله في أول الفصل : (كونه مقدوراً) أي : يشترط ذلك ويشترط معرفة الأوصاف .

وأورد الرافعي علىٰ هـٰذا الشرط : أن كون العبد قوياً على العمل أو كاتباً مثلاً أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة ولا يجب التعرض لها .

قال الشيخ : وطريق الاحتراز عن ذلك : أن يزاد فيه من الأوصاف التي لا يدل الأصل علىٰ عدمها ؛ فإن الكتابة والقوة فضيلةٌ الأصل عدمها ، ولهـٰذا لا يثبت للمشتري الرد بفواتها ، والضعفَ عيبٌ يدل الأصل علىٰ عدمه .

وَذِكْرُهَا فِي ٱلْعَقْدِ عَلَىٰ وَجْهٍ لاَ يُؤَدِّي إِلَىٰ عِزَّةِ ٱلْوُجُودِ ، فَلاَ يَصِحُّ فِيمَا لاَ يَنْضَبِطُ مَقْصُودُهُ كَٱلْمُخْتَلِطِ ٱلْمَقْصُودِ ٱلأَرْكَانِ كَهَرِيسَةٍ وَمَعْجُونٍ وَغَالِيَةٍ وَخُفٍّ وَتِرْيَاقٍ ، .

قال : (**وذكرها في العقد**) فلا يكفي ذكرها بعده وإن كان في مجلس العقد ، ولا الاتفاق عليها قبله ، إلا أن يتفقا علىٰ أنهما أرادا في حالة العقد ما اتفقا عليه فتتجه صحته ، كما سيأتي في (النكاح) إذا نويا معينة من البنتين[1] .

قال : (**علىٰ وجه لا يؤدي إلىٰ عزة الوجود**) ؛ لأن السلم غرر فلا يجوز إلا فيما يوثق بتسليمه .

قال : (**فلا يصح فيما لا ينضبط مقصوده كالمختلط المقصود الأركان كهريسة ومعجون وغالية وخف وترياق**) ؛ لأن أقدار الأجزاء المختلطة وأوصافها لا تنضبط ، هـٰذا الذي اتفق عليه أئمة المذهب .

وعن ابن سريج : جوازه في الخفاف والنعال مع قوله : لا يعلم ما في الخف إلا الله .

وهـٰذا محمول علىٰ خف يجمع أجناساً ، أما المتخذ من شيء واحد كالخف المعروف في هـٰذه البلاد ، فإن كان من جلد . . امتنع على الصحيح ، وإن كان من غير جلد . . فكالثياب المخيطة ، وسيأتي أنه يصح في الجديد المنضبط منها ، ومن هـٰذا النوع : القسي ، لا يجوز السلم فيها ؛ لاشتمالها علىٰ عقب وعصب ، وكذلك النبل المريش .

وأما الغالية . . فإنها مركبة من مسك وعنبر وكافور .

قال الجوهري : أول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك .

قلت : في هـٰذا نظر ؛ فقد قالت فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم [من الكامل] :

ماذا علىٰ من شم تربة أحمدٍ ... أن لا يَشَمَّ مدى الزمان غواليا
صُبَّتْ عليَّ مصائبٌ لو أنها ... صُبَّتْ على الأيام عُدْنَ لياليا

واحترز بـ(الترياق المختلط) عما إذا كان نباتاً أو حجراً فيجوز السلم فيه .

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا مردود) .

وَٱلْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ فِي ٱلْمُخْتَلِطِ ٱلْمُنْضَبِطِ كَعَتَّابِيٍّ وَخَزٍّ ، وَجُبْنٍ وَأَقِطٍ وَشَهْدٍ ، وَخَلِّ تَمْرٍ أَوْ زَبِيبٍ ، . . . .

وقال الجرجاني : الترياق نجس ؛ فإنه تطرح فيه لحوم الحيات أو لبن الأتان ، فلا يجوز السلم فيه لنجاسته ، فينبغي أن يحمل كلام المصنف ومن وافقه علىٰ ترياق طاهر[1] .

و(الترياق) بالتاء والدال والطاء مكسورات ومضمومات ، فهي ست لغات .

ويقال : دراق وطراق ، وهو عجمي معرب .

أما استصناع النعال . . فلا يجوز إلا كما نص عليه الشافعي رضي الله عنه في « الأم » ، وهو : أن يشتري النعلين والشراك وجميع ما يعمل نعلاً ثم يستأجر على الحذو ، وكذلك حكم استصناع الأواني ، وجوز الاستصناع في ذلك أبو حنيفة وقال : إن الصانع والمستصنع بالخيار ، قال أصحابنا : لو صح . . لزم .

قال : (**والأصح : صحته في المختلط المنضبط كعتابي وخز**) وإن تركبا من قطن وحرير ؛ لسهولة ضبط كل من الأجزاء .

والثاني : المنع كالمعجونات .

وتعبيره بـ(الأصح) يخالف تعبيره في « الروضة » بالصحيح .

قال : (**وجبن وأقط وشهد ، وخل تمر أو زبيب**) ؛ لأن الملح والأنفحة في الجبن والأقط والماء في خل التمر والزبيب من مصالحه .

والثاني : لا كاللبن المخلوط بالماء .

وأما الشهد . . فكالتمر .

و(الشهد) بفتح الشين وضمها ، والشهدة أخص منه .

قال الشيخ : والشهد ليس من هـٰذا النوع بل هو من المختلط خلقة ، والأصح فيه عند الرافعي : الجواز كالتمر مع النوىٰ .

والثاني : المنع ؛ لأن الشمع قد يقل ويكثر فأشبه سائر المختلطات ، وهـٰذا هو

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

لاَ خُبْزٍ فِي ٱلأَصَحِّ عِنْدَ ٱلأَكْثَرِينَ . وَلاَ يَصِحُّ فِيمَا يَنْدُرُ وُجُودُهُ كَلَحْمِ ٱلصَّيْدِ بِمَوْضِعِ ٱلْعِزَّةِ ، وَلاَ فِيمَا لَوِ ٱسْتُقْصِيَ وَصْفُهُ . . عَزَّ وُجُودُهُ كَٱللُّؤْلُؤِ ٱلْكِبَارِ وَٱلْيَوَاقِيتِ ، وَجَارِيَةٍ وَأُخْتِهَا أَوْ وَلَدِهَا . . . .

المختار ، ونص عليه الشافعي والماوردي وغيره .

قال الماوردي : ولا بأس بالسلم في قصب السكر وزناً ، ويقطع أعلاه الذي لا حلاوة فيه ولا منفعة ، ويطرح ما عليه من القشر ، وتقطع مجامع عروقه من أسفله ، ولا يجوز في السَّلْجَم والجزر إلا بعد قطع الورق ؛ لأن ورقهما غير مقصود ، وفي جواز السلم في الباذنجان بأقماعه وجهان[1] .

قال : (**لا خبز في الأصح عند الأكثرين**) ؛ لتأثره بالنار تأثراً ظاهراً .

والثاني : الصحة ؛ لأنه مضبوط وصححه الإمام والغزالي والفارقي ومشايخ خراسان[2] ، فإذا قلنا بهٰذا . . اشترط فيه ذكر البلد والنوع كالعلامة والخشكار وأنه رطب أو يابس .

قال : (**ولا يصح فيما يندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة**) ؛ لما تقدم .

قال : (**ولا فيما لو استقصي وصفه**) أي : الوصف المعهود وهو الواجب(. .**عز وجوده**) ؛ لأنه لو استقصي . . امتنع للعزة ، وإن لم يستقص . . امتنع لفقدان شرطه .

قال : (**كاللؤلؤ الكبار واليواقيت**) وكذلك سائر الجواهر ؛ لأن ثمنها علىٰ قدر صفائها واستدارتها وذلك لا ينضبط .

أما صغار اللؤلؤ . . فيجوز السلم فيها وزناً وكيلاً ، وهو ما يقصد للدواء لا للزينة ، وضبطه الجويني بسدس دينار تقريباً وإن قصدها للزينة .

أما البلور . . فقال الماوردي : لا بأس بالسلم فيه .

قال : (**وجارية وأختها أو ولدها**) ؛ لأن اجتماع وصف كل منهما مع البنوة أو الأخوة يؤدي إلىٰ عزة الوجود .

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : الصحة ، ورجح الزركشي منهما المنع) .
(٢) كذا في (ز) بزيادة : (وفي السلم في ماء الورد وجهان ؛ لتأثير النار فيه ، وقال في « البحر » : الجواز فيه أصح عند عامة الأصحاب) .

. . . .

وقال أبو إسحاق : يجوز أن يسلم في جارية معها ولدها في بلد تكثر فيه الجواري ؛ إذ لا يتعذر وجود ذلك .

وقال الإمام والغزالي : لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها ، ويمتنع في السرية التي تكثر صفاتها ، والصحيح المشهور . . الأول[1] .

وأورد الرافعي علىٰ هٰذا الحكم : أنهم حكوا عن نصه : أنه لو شرط كون العبد كاتباً أو الجارية ماشطة . . جاز .

قال : ولمدَّعٍ أن يدعي ندرة اجتماع الكتابة والمشط مع الصفات التي يجب التعرض لها ، بل قضية ما أطلقوه : تجويز السلم في عبد وجارية بشرط كون هٰذا كاتباً وتيك ماشطة .

وكما يندر كون أحد الرقيقين ولد الآخر مع اجتماع تلك الصفات . . فلْيسوَّ بين الصورتين في المنع و التجويز .

وفرق الشيخ بأن اشتراط الكتابة في العبد والمشط في الجارية يسهل تحصيله بالاكتساب ، وليس فيه إلا زيادة وصف على الأوصاف المطلوبة ، وأما البنوة والأخوة . . فوصفٌ غير مكتسب ، فيعز اجتماعه مع باقي الأوصاف ، وكونها ذات لبن وصف فيها .

تتمة :

أسلم في عبد شاعر . . لم يصح ؛ لأن الشعر طبع لا يمكن تعلمه ، فيبعد اجتماع الأوصاف المذكورة ، وقول الشعر بخلاف اجتماع الصنائع .

ولو أسلم في جارية حامل . . المذهب : القطع بأنه لا يصح ، وقيل : قولان ؛ بناء علىٰ أن الحمل هل يعلم ويقابله قسط من الثمن أو لا؟

---

(١) كذا في (ز) بزيادة : (قال : ولو أسلم في جارية أو حيوان حامل . . فالأصح : المنع ، أو في شاة لبون ، فإن أراد أن معها لبناً . . فالصحيح : البطلان ؛ للجهالة ، وإن أراد أنها مما يدر . . صح قطعاً ، ومسألة شاة وسخلها ، وجارية حامل ، وشاة لبون في أصح القولين) .

فَرْعٌ :

يَصِحُّ فِي ٱلْحَيَوَانِ ، . . . .

قال : (فرع :

يصح في الحيوان) فكل ما جاز بيعه من الحيوان يجوز السلم فيه ؛ لما روىٰ أبو داوود [٣٣٥٠] والحاكم [٥٦/٢] علىٰ شرط مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاصي رضي الله عنه : أنه قال : (أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أشتري بعيراً ببعيرين إلىٰ أجل) .

وروى البيهقي [٢٨٨/٥] عن علي رضي الله عنه : أنه باع جملاً له يدعىٰ : عصيفيراً بعشرين بعيراً إلىٰ أجل .

واشترى ابن عمر رضي الله عنهما راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة ، رواه مالك في « الموطأ » [٦٥٢/٢] ، وهو في « البخاري » بغير إسناد[١] .

و(الربذة) : موضع علىٰ ثلاث مراحل من المدينة .

ولأن الحيوان يثبت في الذمة ثمناً وصداقاً .

وفي إبل الدية ، وصح : (أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً)[٢] .

ومنع أبو حنيفة السلم في الحيوان ؛ لأن ابن مسعود رضي الله عنه كرهه[٣] ، ولأنه لا يضبط بالصفة .

وروى الحاكم [٥٧/٢] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن سلف الحيوان) ، لـٰكن قال ابن السمعاني في « الإصطلام » : إنه غير ثابت .

وأما ضبطه بالصفة . . فيدل له ما في « الصحيحين » [خ ٥٢٤٠] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تنعت المرأة المرأة لزوجها حتىٰ كأنه ينظر إليها » .

---

(١) في البيوع ، باب : بيع العبيد والحيوان بالحيوان نسيئة ، تعليقاً .

(٢) رواه مسلم (١٦٠١) بنحو تلك الألفاظ ، والترمذي (١٣١٦) ، وأحمد (٥٠٩/٢) ، وغيرهم .

(٣) البيهقي (٢٢/٦) .

فَيُشْتَرَطُ فِي ٱلرَّقِيقِ : ذِكْرُ نَوْعِهِ كَتُرْكِيٍّ ، وَلَوْنِهِ كَأَبْيَضَ ـ وَيَصِفُ بَيَاضَهُ بِسُمْرَةٍ أَوْ شُقْرَةٍ ـ وَذُكُورَتِهِ وَأُنُوثَتِهِ ، وَسِنِّهِ ، وَقَدِّهِ طُولاً وَقِصَراً ، وَكُلُّهُ عَلَى ٱلتَّقْرِيبِ . وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ ٱلْكَحَلِ وَٱلسِّمَنِ وَنَحْوِهِمَا . . . .

قال : (**فيشترط في الرقيق : ذكر نوعه كتركي**) ؛ لاختلاف الغرض بذلك ، وكذا صنف النوع إن اختلف في أظهر القولين .

قال : (**ولونه كأبيض ، ويصف بياضه بسمرة أو شقرة**) وكذلك سواده بصفاء أو كدرة .

هـٰذا إذا اختلف لون الجنس ، فإن اتحد كالزنج . . فلا .

قال : (**وذكورته وأنوثته ، وسِنِّه**) ؛ لاختلاف الأغراض بذلك ، فيقول : ابن سبع أو عشر أو محتلم ، والرجوع في الاحتلام إلىٰ قول الرقيق ، ويرجع في السن إلىٰ ظنون النخاسين وأهل الخبرة إن كان صغيراً ، وإليه إن كان بالغاً ، وإلىٰ سيده إن ولد في الإسلام ، فلو شرط كونه ابن سبع بلا زيادة ولا نقصان . . فسد ؛ لندرته .

قال : (**وقده طولاً وقصراً**) كستة أشبار مثلاً أو خمسة .

قال الشافعي رضي الله عنه : يقول : خماسي أو سداسي .

فقيل : أراد بذلك خمسة أشبار وستة ، وقيل : أراد التعرض للسن أو خمس سنين .

قال الجوهري : يقال : غلام رباعي وخماسي ، ولا يقال : سباعي ؛ لأنه إذا بلغ سبعة أشبار . . صار رجلاً ؛ لأنهم يقولون هو سباعي البدن ، أي : تام البدن .

قال : (**وكله على التقريب**) ، فلو شرط كونه ابن خمس كذا بلا زيادة ولا نقصان . . بطل ، وظاهر عبارة المصنف : العود إلى الجميع ، ولم يذكر الرافعي التقريب إلا في السن خاصة ، وكذلك في « الروضة » وغيرها ، والمصنف هـٰهنا عمم الحكم ، ولا يظهر ذلك إلا في السن والقد إذا ضبط بالأشبار[1] .

قال : (**ولا يشترط ذكر الكَحَل والسمن ونحوهما**) كتكلثم الوجه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

و(الدعج) وهو : شدة سواد العين (**في الأصح**) ؛ للتسامح به ، وكذا الملاحة.

والصحيح : اشتراط ذكر الثيوبة أو البكارة في الجارية ، ويقابل الأصح : أن ذلك يشترط ، وهو قوي ؛ لأنه مقصود لا يؤدي ذكره إلىٰ عزة الوجود .

و(الكَحَل) بفتح الكاف والحاء كما ضبطه المصنف : أن يعلو جفون العين سواد كالكحل .

قال الشاعر [من البسيط] :

. . . . ليس التكحل في العينين كالكَحَل[1]

ويستحب ذكر تفلج الأسنان أو غيره وجعودة الشعر وسبوطته ، ولو اشترط كون العبد أو الجارية يهودياً أو نصرانياً أو خبازاً أو حاسباً أو صائغاً أو نجاراً أو شيخاً أو كهلاً أو مزوجاً . . جاز .

ونقل الرافعي عن الصيمري : أنه لو شرط كونه زانياً أو قاذفاً أو سارقاً . . جاز[2] ، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية أو عوادة[3] . . لا يصح ـ قال ـ : وفرق بينهما بأنها صناعة محظورة وتلك أمور تحدث كالعمىٰ ، وهـٰذا فرق لا يقبله ذهنك . اهـ

فأما الزنا والسرقة . . فقد قال غير الصيمري : لا يصح اشتراطه ، وفرق الماوردي في المغنية بين الغناء المحرم كذات العود . . فيمتنع ، وإلا . . فلا .

ووقع في « الروضة » : القوادة بالقاف ، والصواب : أنه بالعين ، ولا يشترط التعرض لخفة الروح وعذوبة الكلام وحسن الخلق ، فلو شرط . . أبطل ؛ للجهالة .

قال : (**وفي الإبل والخيل والبغال والحمير : الذكورة والأنوثة**) ؛ لاختلاف الغرض بهما .

---

(١) كذا في (ز) بزيادة : (قيل للشيخ أبي حامد : إذا كان لا يصح بيع الجارية حتىٰ يرىٰ شعرها . . فهلا كان وصفه بالسلم شرطاً؟ فقال : ليس كل ما شرط رؤيته في بيع العين يشترط في السلم) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ت) : (كأن معناها التي تضرب بالعود) .

قال : (**والسن**) كبنت مخاض وبنت لبون أو جذعة ونحو ذلك .

قال : (**واللون**) ؛ لأن الغرض يختلف بذلك ، ولأن الأسود من الإبل أطيبها لحماً .

قال : (**والنوع**) ، فيقول في الإبل : بخاتي أو عراب ، وكذا الصنف ، فيقول : أرحبية أو مَهرية[1] أو مُجيدية أو من نعم بني فلان ، فإن اختلفت نعمهم . . فالأظهر : اشتراط ذكر الصنف .

والثاني : لا ، ويعطي من أيها شاء .

ويقول في الخيل : عربي أو تركي أو من خيل بني فلان ، فإن اختلفت . . ففي وجوب بيان الصنف القولان ، وكذلك الحكم في البقر والغنم .

واشترط الماوردي في الإبل والخيل : ذكر القد ، فيقول : مربوع أو مشرف ، ولو اشترط في الإبل كونها عوامل أو تدور في الطحن . . جاز ، لـٰكن يبين طحن الدقيق أو غيره ؛ فإن منها ما يدور عن يمينه ومنها ما يدور عن يساره ويصعب نقله .

ويستحب في الخيل ذكر الشيات[2] كالأغر والمحجل واللطيم ، فإن تركه . . جاز .

---

(١) في هامش (ت) : (المَهرية بفتح الميم ، قيل : نسبة إلى مهرة ، بلد من عمان ، وقيل : إلىٰ مهرة حي من قضاعة من عرب اليمن ، سموا باسم أبيهم مهرة بن حيدان بن عمرو بن الحاف بن قضاعة .

وقال الأزهري : هي نسبة إلى مهرة بن حيدان ، وهي : نجائب تسبق الخيل .

وأطنب الفيومي خطيب الدهشة في صفاتها في كتابه « المصباح » .

والمُجيدية : على لفظ التصغير والنسبة ، هـٰكذا هي مضبوطة في الكتب ، قال ابن الصلاح : هـٰكذا صح عندي ضبطها من وجوه .

قال الأزهري : وهي من إبل اليمن ، وكذلك الأرحبية .

وقيل : المُجيدية نسبة إلى فحل اسمه مُجيد ، قال الفيومي : وهـٰذا غير بعيد في القياس ؛ فإن مجيداً اسم مسمىً به) .

(٢) أي : ألوانه المغايرة لمعظم لونه .

وَفِي ٱلطَّيْرِ : ٱلنَّوْعُ وَٱلصِّغَرُ وَكِبَرُ ٱلْجُثَّةِ . وَفِي ٱللَّحْمِ : لَحْمُ بَقَرٍ ، أَوْ ضَأْنٍ ، أَوْ مَعْزٍ ، ذَكَرٍ خَصِيٍّ رَضِيعٍ مَعْلُوفٍ ، أَوْ ضِدِّهَا ، . . . .

و(اللطيم) : الذي سالت غرته في أحد شقي وجهه .

ولا يجوز السلم في فرس أبلق ؛ لعدم انضباطه .

قال : (**وفي الطير : النوع والصغر وكبر الجثة**) ولا يكاد يعرف سنها ، فإن عرف . . وصفه به .

وفي « البحر » : أن الشافعي رضي الله عنه قال : يقول : فرخ أو ناهض .

وأهمل الرافعي والمصنف اشتراط لونه ، ولا بد منه ، اللهم إلا أن يكون المراد بها الأكل فلا يعتبر ذلك ، وكذا الذكورة والأنوثة ، ثم إذا جوزنا . . فبالعدد ، فإن كان مذبوحاً . . فبالوزن قطعاً .

فإن قيل : نص في « البويطي » علىٰ : أنه لا يجوز السلم في الطيور ؛ لأنها لا تنضبط بسن ولا تعرف بالتقدير . . فالجواب : أنه نص في غيره على الصحة ؛ ولذلك لم يقل أحد من الأصحاب به إلا صاحب « المهذب » ، وبقية الأصحاب أنكروه .

ويجوز السلم في السمك والجراد حياً وميتاً عند عموم الوجود ، ويوصف كل جنس بما يليق به .

قال : (**وفي اللحم : لحم بقر ، أو ضأن ، أو معز ، ذكر خصي رضيع معلوف ، أو ضدها**) ضد الخصي : الفحل ، وضد الرضيع : الفطيم أو الجذع أو الثني أو نحوها ، وضد المعلوفة : الراعية ، فلحم الراعية أطيب ، ولحم المعلوفة أدسم ، والغرض يختلف بكل ذلك .

قال الإمام : ولا يكتفىٰ في العلف بالمرة والمرات حتىٰ ينتهي إلىٰ مبلغ يؤثر في اللحم[1] .

وأطلق المصنف البقر ولا بد من ذكر نوعه كعراب أو جواميس .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

مِنْ فَخِذٍ أَوْ كَتِفٍ أَوْ جَنْبٍ ، وَيُقْبَلُ عَظْمُهُ عَلَى ٱلْعَادَةِ . . . .

كل هـٰذا في غير لحم الصيد .

ويصح في الطري والسمين ، فلو كان في بلد لا يختلف الراعية[1] فيها والمعلوفة . . قال الماوردي : لم يلزم ذكره ، فكلام المصنف محمول على الغالب ، لـٰكنه أهمل ذكر السمن والهزال وقد اشترطه العراقيون .

ولا يجوز شرط العجف ؛ لأنه هزال من غير علة فهو عيب وشرط هـٰذا العيب مفسد .

ومنع أبو حنيفة السلم في اللحم كما منعه في الحيوان .

قال : (**من فخذ أو كتف أو جنب**) ؛ لاختلاف الأغراض بذلك ؛ لأن ما قرب من المرعىٰ والشرب كان أطيب .

قال : (**ويقبل عظمه على العادة**) ؛ لأنه بمنزلة النوىٰ في التمر ، وهـٰذا عند الإطلاق ، فإن اشترط النزع . . جاز ، ويلزم قبول الجلد إن كان لحم طائر أو سمك ، بخلاف لحم الغنم إلا في الجدي الصغار ، ولا يلزم قبول الرأس والرجل والذنب في الطير والسمك ، لـٰكن نص في « الأم » علىٰ : أن الذنب إذا كان عليه لحم . . لزم قبوله .

وقال البغوي : توزن الرؤوس مع العصافير[2] .

فروع :

يجوز السلم في اللحم المملح والقديد إذا لم يكن عليه عين الملح ، ويجوز في الألية والكبد والطحال والرئة والسنام ، ولا يجوز في الكرش مع ما يتعلق بها ؛ لاختلافها ، ويبين في اللبن ما يبين في اللحم إلا الذكورة ، ويبين نوع العلف ويقول : حليب ، أو لبن يومه .

---

(١) في النسخ : (الراعي) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَفِي ٱلثِّيَابِ : ٱلْجِنْسُ ، وَٱلطُّولُ وَٱلْعَرْضُ ، وَٱلْغِلَظُ وَٱلدِّقَّةُ ، وَٱلصَّفَاقَةُ وَٱلرِّقَّةُ ، وَٱلنُّعُومَةُ وَٱلْخُشُونَةُ ، وَمُطْلَقُهُ يُحْمَلُ عَلَى ٱلْخَامِ . وَيَجُوزُ فِي ٱلْمَقْصُورِ ، . . . .

ولا يجوز شرط الحموضة ؛ لأنها عيب ، ويجوز السلم في المخيض إذا خلا عن الماء ، ولا يضر وصفه بالحموضة ؛ لأنها مقصودة فيه ، والسمن يذكر فيه ما يذكر في اللبن ، وكونه أصفر أو أبيض ، والعتق عيب لا يجوز شرطه .

ويذكر في اللبأ ما يذكر في اللبن ، وأنه قبل الولادة أو بعدها ، وأول بطن أو ثانيها ، ولبأ يومه أو أمسه إذا لم يتغير .

والجبن إذا جوزنا السلم فيه . . يزاد فيه ذكر البلد وجوباً ، وأنه رطب أو يابس[1] ، ويستحب ذكر مدة اليابس .

قال : (**وفي الثياب : الجنس**) فيبين أنها من صوف أو قطن أو كتان أو حرير ، وكذلك النوع كقطن عراقي أو يماني ، ويذكر بلد النسج إن اختلف به الغرض .

قال : (**والطول والعرض ، والغلظ والدقة ، والصفاقة والرقة ، والنعومة والخشونة**) ؛ لاختلاف الأغراض بذلك ، فـ(الغلظ والدقة) راجعان إلىٰ كيفية الغزل ، و(الصفاقة والرقة) راجعان إلىٰ كيفية النسج ، فإن (الصفاقة) : انضمام بعض الخيوط إلىٰ بعض و(الرقة) : بُعدها .

و(الواو) في (الدقة) و(الرقة) بمعنىٰ (أو) .

قال : (**ومطلقه يحمل على الخام**) ؛ لأن القصارة صفة زائدة .

قال : (**ويجوز في المقصور**) ؛ لأن القصارة وصف مقصود ، لـٰكن لا يجوز في الملبوس ؛ لأنه غير منضبط ، اللهم إلا أن يكون ملبوساً لم يغسل ؛ فالنص : أنه يجوز السلم فيه[2] .

ولا يجوز في الجباب والقلانس المحشوة ولا في الزلالي والثياب المنقوشة ، ويجوز في الأكسية واللبود إذا وصفت .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (غير معتمد ، والأصح : خلافه) .

وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ ٱلنَّسْجِ كَٱلْبُرُودِ ، وَٱلْأَقْيَسُ : صِحَّتُهُ فِي ٱلْمَصْبُوغِ بَعْدَهُ . قُلْتُ : ٱلْأَصَحُّ : مَنْعُهُ ، وَبِهِ قَطَعَ ٱلْجُمْهُورُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

مهمة :

نقل الرافعي والمصنف عن الصيمري هنا : أنه يجوز السلم في القمص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً ، وضيقاً وسَعة ، وصرحا في آخر (الخلع) بعدم جواز السلم فيها ، والفتوىٰ علىٰ خلاف ما قالاه هنا[١] .

قال : (**وما صبغ غزله قبل النسج كالبرود**) وهٰذا لا خلاف فيه .

قال : (**والأقيس : صحته في المصبوغ بعده**) هٰذا الذي صححه الإمام والغزالي والشاشي ، وجزم به الماوردي .

قال : (**قلت : الأصح : منعه ، وبه قطع الجمهور والله أعلم**) هٰذا هو المنصوص في « البويطي » ، وفرقوا بفرقين :

أحدهما : أن الصبغ بعد النسج يسد الفُرَج فلا تظهر الصفاقة .

والثاني : أنه إذا صبغ بعد النسج . . فكأنه أسلم في ثوب وصبغ معاً .

ولا يجوز أن يسلم في نسج رجل بعينه إلا أن يكون ينسب إليه نسبة تعريف .

فروع :

لا يجوز السلم في الكتان الخشب ، ويجوز بعد الدق[٢] ، فيذكر بلده ولونه ، وطوله أو قصره ، ونعومته أو خشونته ، ودقته أو غلظه ، وحداثته أو عتقه إن اختلف بذلك .

ويجوز في المغزول منه ومن غيره ، فيذكر جنسه ونعومته ودقته وغلظه ، ويذكر وقت غزله ؛ فغزل الشتاء ألين ، وغزل الصيف قوي نقي ، وما غزل به من مردن أو مغزل .

---

(١) في هامش (ك) : (جمع بينهما بحمل ما هنا على الجديد وما فيهما في « الخلع » على الملبوس مغسولاً أوغيره ؛ لأنه لا ينضبط) ورمز له بالصحة .

(٢) في هامش (ك) : (أي : بعد النفض) .

وَفِي ٱلتَّمْرِ : لَوْنُهُ وَنَوْعُهُ وَبَلَدُهُ ، وَصِغَرُ ٱلْحَبَّاتِ وَكِبَرُهَا ، وَعِتْقُهُ وَحَدَاثَتُهُ .
وَٱلْحِنْطَةُ وَسَائِرُ ٱلْحُبُوبِ كَٱلتَّمْرِ . . . .

ويجوز في القطن ، فيبين بلده ولونه ، وكثرة لحمه وقلته ، وخشونته ونعومته ، وحداثته وعتقه إن اختلف به الغرض .

ويجوز السلم في الحليج والحب ، ولا يجوز في القطن في الجوز قبل التشقق ، وأما بعده . . ففي « التهذيب » : أنه يجوز ، وظاهر المذهب : المنع ، وهو المنصوص[1] .

والإبريسم يذكر بلده ولونه ، ودقته وغلظه ، ولا حاجة إلىٰ ذكر النعومة والخشونة ، ولا يجوز في القز وفيه الدود .

قال : (**وفي التمر : لونه ونوعه وبلده ، وصغر الحبات وكبرها ، وعتقه وحداثته**) ؛ لأن الغرض يختلف بذلك ، ويحتاج أن يبين عتيق عام أو عامين ، فإن أطلق . . فالأصح : الجواز ويحمل علىٰ مسمى العتق .

ولا يجوز السلم في التمر المكنوز في القواصر ؛ لأنه لا يكون علىٰ صفة واحدة غالباً ، ويبين أيضاً هل جفافه على النخل أو بعد جذاذه؟ فإن الأول أبقىٰ ، والثاني أصفىٰ ، والرطب كالتمر إلا في ذكر الحداثة والقدم .

وفي « الوسيط » : أوجب ذكر ذلك فيه دون الحنطة والحبوب ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب .

والسلم في الزبيب كالسلم في التمر ، فلو أسلم في تمر منزوع النوىٰ . . ففي صحته وجهان في « الحاوي »[2] ، فإن صححنا . . فالمعتبر فيه : الوزن[3] .

قال : (**والحنطة وسائر الحبوب كالتمر**) في جميع ما تقدم من الشروط ، فيبين نوعها كالشامي والمصري والصعيدي والبحري ، ولونه فيقول : أبيض أو أحمر أو أسمر ، وقدره فيقول : صغير الحبات أو كبيرها أو متوسطها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (أوجههما : الصحة) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال الشيخ : وعادة الناس اليوم لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها ، وهي عادة فاسدة مخالفة لنص الشافعي والأصحاب ، فينبغي أن ينبه عليها .

وعن بعض المتأخرين : لا بد من شرط كونها سقوية أو غير سقوية .

فروع :

يجوز السلم في الدقيق على المنصوص خلافاً للداركي ، وعلى المنصوص : يذكر ما يذكر في الحنطة ويزيد ثلاثة أشياء :

أنه يطحن بالرحىٰ أو الدولاب أو الماء .

وخشونة الطحن أو نعومته .

و قرب زمانه أو بعده ، قاله الماوردي[١] .

والنخالة : أفتى ابن الصلاح بأنها مثلية فيجوز السلم فيها[٢] ، وأفتىٰ بأن المعيب من الحبوب وغيرها غير مثلي فلا يجوز السلم فيه[٣] .

ولا يجوز السلم في الأرز والعلس ؛ لاستتارهما بالكمام ، كذا في « الشرح » و« الروضة » .

ووقع في « فتاوىٰ » المصنف : جوازه في الأرز ، وفي « الشرح » و« الروضة » : الجزم بجواز بيع العلس في كمامه[٤] ، بل قال في « شرح المهذب » : إنه لا خلاف فيه ، فالمعتمد فيهما : جواز السلم فيهما في كمامهما[٥] .

قال : (**وفي العسل : جبلي أو بلدي**) ؛ لأن الجبلي أطيب ، ويبين أن البلدي حجازي أو مصري أو مغربي أو نحو ذلك .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٥) في هامش (ك) : (ليس كما قال ، بل المعتمد فيهما : عدم الجواز) .

صَيْفِيٌّ أَوْ خَرِيفِيٌّ ، أَبْيَضُ أَوْ أَصْفَرُ ، وَلاَ يُشْتَرَطُ ٱلْعِتْقُ وَٱلْحَدَاثَةُ . وَلاَ يَصِحُّ فِي مَطْبُوخٍ وَمَشْوِيٍّ ، وَلاَ يَضُرُّ تَأْثِيرُ ٱلشَّمْسِ . وَٱلأَظْهَرُ : مَنْعُهُ فِي رُؤُوسِ ٱلْحَيَوَانِ . . . .

قال : (**صيفي أو خريفي**) ؛ لأن الخريفي أجود .

قال : (**أبيض أو أصفر**) ؛ لتفاوت الغرض بذلك .

قال : (**ولا يشترط العتق والحداثة**) ؛ لأن الغرض بذلك لا يختلف .

قال الماوردي : ويبين مرعاه ورقته .

ومطلقه يحمل على المصفىٰ ، ولا يقال : عسل إلا لعسل النحل ، ويلزمه قبول المصفىٰ بالشمس أو النار الخفيفة .

قال : (**ولا يصح في مطبوخ ومشوي**) ؛ لأن النار يختلف تأثيرها في ذلك .

أما الدبس والعسل المصفىٰ بالنار والسكر والفانيد واللبأ . . ففيها في « الروضة » وجهان ، وإطلاقه الوجهين من تصرفه ، وفي « المهمات » : أن الأصح : المنع ، والذي صححه المصنف في « تصحيحه » من جواز الجميع . . معترض ، والمعتمد : المنع فيها[1] .

قال : (**ولا يضر تأثير الشمس**) أي : في اللبأ والعسل وغيرهما ؛ لعدم اختلافه .

قال : (**والأظهر : منعه في رؤوس الحيوان**) ؛ لأنها تجمع أجناساً مقصودة ولا تنضبط بالوصف ، ومعظمها العظم وهو غير مقصود .

والثاني : يصح كاللحم .

وعلى الأصح : يشترط أن تكون نِيئة موزونة منقاة من الشعر ، فإن كانت غير منقاة . . لم يجز جزماً ، وإن كانت مشوية أو مطبوخة . . لا يجوز السلم فيها أيضاً ، والأكارع كذلك ، ويزيد ذكر كونها من الأيدي أو الأرجل .

---

(١) في هامش (ك) : (المعتمد : ما صححه المصنف ، وما قاله في « المهمات » مردودٌ) ، ورمز له بالصحة .

وَلاَ يَصِحُّ فِي مُخْتَلِفٍ كَبُرْمَةٍ مَعْمُولَةٍ وَجِلْدٍ وَكُوزٍ وطَسٍّ وَقُمْقُمٍ وَمَنَارَةٍ وَطِنْجِيرٍ وَنَحْوِهَا . وَيَصِحُّ فِي ٱلأَسْطَالِ ٱلْمُرَبَّعَةِ وَفِيمَا يُصَبُّ مِنْهَا فِي قَالَبٍ . . . .

قال : (**ولا يصح في مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطس وقمقم ومنارة وطنجير ونحوها**) كالأباريق ؛ لتعذر الضبط .

واحترز بـ(المعمولة) عن المصبوبة في قالب كما سيأتي ، لـٰكن قوله : (وجلد) ليس علىٰ إطلاقه ، بل يجوز السلم في القطع منها وزناً .

و(البُرمة) : القدر ، وجمعها : بُرْم وبِرام وبُرَم .

و(الكوز) جمعه : كيزان وأكواز وكوزة ، مثل : عود وأعواد وعودة وعيدان .

و(الطَّس) : الطَّسْت ، والجمع : طِساس وطُسُوس .

و(القُمقُم) بضم القاف : ضرب من الآنية ، وهو بالرومية ، ويقال : قمقمة ، والجمع : قماقم .

و(الطِّنجير) بكسر الطاء كما ضبطه المصنف بخطه ، أعجمي معرب ، وهو : الدست ، وفتح طائه عده الحريري من لحن الخواص .

و(المنارة) بفتح الميم ، جمعها : مناور بالواو ؛ لأنه من النور .

قال : (**ويصح في الأسطال المربعة**) ؛ لعدم اختلافها ، بخلاف الضيقة الرؤوس ، وجمع السطل : سطول وأسطال .

قال : (**وفيما يصب منها في قالب**) ؛ لانضباطه .

و(القَالب) بفتح اللام كما ضبطه أيضاً بخطه .

فرع :

يجوز السلم في الرصاص ، فيذكر نوعه ولونه وخشونته ، وفي الحديد يذكر النوع ، وأنه ذكر أو أنثىٰ ، ويذكر لونه وخشونته .

قال القاضي حسين : الذكر : الفولاذ ، والأنثىٰ : اللِّين .

وفي الحطب : يذكر نوعه وغلظه ورقته ، وأنه من نفس الشجرة أو من أغصانها ،

وَلاَ يُشْتَرَطُ ذِكْرُ ٱلْجَوْدَةِ وَٱلرَّدَاءَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ عَلَى ٱلْجَيِّدِ . وَيُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ ٱلْعَاقِدَيْنِ ٱلصِّفَاتِ ، وَكَذَا غَيْرُهُمَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

ووزنه ، ولا يجب التعرض للرطوبة والجفاف ، والمطلق محمول على الجاف ، ويجب قبول المعوج والمستقيم .

قال : (**ولا يشترط ذكر الجودة والرداءة في الأصح**) وادعى الإمام الاتفاق عليه .

قال : (**ويحمل مطلقه على الجيد**) .

والثاني : يشترط ؛ لاختلاف الغرض والقيمة بهما ، وبهـٰذا جزم العراقيون والقاضي حسين ، وهو المنصوص في مواضع من « الأم » ، فإذا شرطا الجودة . . نزل علىٰ أقل الدرجات فيها ، فذكر الجودة لا يضر قطعاً ، والخلاف في اشتراطه .

وإن أسلم في الرديء ، فإن كان المشروط رداءة النوع . . جاز ، قال في « الوسيط » : كالجُعرور ـ بضم الجيم ـ وهو : نوع رديء من التمر ، يقال له : الدَّقَل .

قال الراجز :

قــد أطعمتنـــي دَقَــلاً حــوليّــا مســوّســاً مُــدوِّداً حَجْــريــا

وإن نص علىٰ رداءة العيب . . فهو مفسد ، وإذا شرط الأجود . . بطل ؛ لأن أقصاه غير معلوم فكأنه شرط شيئاً مجهولاً ، وقيل : قولان ، وإن شرط الأردأ . . فالأصح : الصحة ؛ لأنه إن أتىٰ برديء هو أردأ الأشياء . . فهو المسلم فيه ، وإن أتىٰ بما هو فوق ذلك . . فالمطالبة بما هو دون ذلك عناد .

قلت : وهـٰذا يشكل علىٰ ما تقدم من تصحيح سَلَم الأعمىٰ مطلقاً ، وهو يقوي الوجه الصائر إلىٰ أنه إن عمي قبل التمييز . . لا يصح سلمه .

قال : (**ويشترط معرفة العاقدين الصفات**) فلو جهلاها أو أحدهما . . لم يصح كالبيع .

قال : (**وكذا غيرهما في الأصح**) ؛ ليرجع إليه عند التنازع .

وعلىٰ هـٰذا : هل تعتبر الاستفاضة أو تكفي معرفة عدلين سواهما؟ فيه وجهان :

. . . .

أصحهما : الثاني ، ويجري الوجهان فيما لو لم يعرف المكيال إلا عدلان ، وهـٰذا يخالف ما تقدم فيما إذا أقت بفصح النصارىٰ وكان يعرفه المتعاقدان دون غيرهما ؛ فإنه يصح على الصحيح .

قال الرافعي : ولعل الفرق : أن الجهالة في فصح النصارىٰ عائدة إلى الأجل وهنا إلى المعقود عليه ، فجاز أن يحتمل في الأجل ما لا يحتمل في المعقود عليه[١] .

تتمة :

يجوز السلم في المنافع كتعليم القرآن وغيره ، نص عليه المتولي والروياني[٢] ، ومنعه القاضي في « الفتاوىٰ » .

ويجوز في الطين وفي البقول كالكراث والبصل والنعنع والهندباء وزناً .

ويجوز في أنواع العطر العامة الوجود كالمسك والعنبر والكافور والعود والزعفران ، فيذكر نوعها ووزنها ، ولا يجوز في الند المعمول من ذلك ؛ لأنه مختلط في أجناس لا يدرىٰ قدرها .

ويجوز السلم في الكاغد عدداً ، وفي الزئبق والكبريت وحجارة الكحل ، وكذا في ماء الورد على الصحيح كما نقله الروياني عن عامة الأصحاب[٣] ، ولم يصحح في « الروضة » فيه شيئاً .

ولايجوز في الكشك ، ولا في العود الرطب ، ولا في التوتياء الهندي ؛ لندرة وجودها ، ولا في السفن والمراكب عند الأكثرين[٤] ؛ لأنها لا تتم إلا بآلات لا يمكن استيفاء وصفها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (محله في المنافع التي في الذِّمة كما صرّحا به في « باب الإجارة ») ، ورمز له بالصحة .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

لاَ يَصِحُّ أَنْ يَسْتَبْدِلَ عَنِ ٱلْمُسْلَمِ فِيهِ غَيْرَ جِنْسِهِ وَنَوْعِهِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ فِي نَوْعِهِ وَلاَ يَجِبُ ، . . . .

ولا يجوز في الدور والأراضي والأشجار ، ولا في الخس والفجل ؛ لاختلافهما .

وأما الباذنجان . . فالأرجح فيه : الجواز .

ويجوز السلم في الأبواب المنحوتة من الخشب ، فيذكر نوعها ولونها ، وطولها وعرضها ، وسمكها وسَعتها ، وفيما يراد للعمارة كالجذوع والعمد ، ويشترط فيه بيان الجنس والنوع ـ إن تنوع ـ والطول ، وغلظه ورقته أو توسطه .

قال : (**فصل :**

لا يصح أن يستبدل عن المسلم فيه غير جنسه ونوعه) ؛ لأنه بيع للمبيع قبل قبضه وهو ممنوع .

وفي « سنن أبي داوود » [٣٤٦٢] : « من أسلم في شيء . . فلا يصرفه إلىٰ غيره » .

وفي « الدارقطني » [٣/٤٥] : « من أسلم في شيء . . فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله » وهما ضعيفان .

وعلم من منع الاستبدال : أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولا التولية فيه ولا الشركة ولا المصالحة وهو كذلك ، ولو جعله صداقاً لبنت المسلم إليه . . لم يجز ، وكذا إن كان المسلم إليه امرأة فتزوجها عليه أو خالعها[1] .

قال : (**وقيل : يجوز في نوعه ولا يجب**) ؛ لأن النوعين من الجنس الواحد كالنوع الواحد ، وكذلك كالزبيب الأسود والأبيض ، ولهـٰذا يحرم التفاضل بينهما ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة ، وهـٰذا قول ابن أبي هريرة وصححه البندنيجي والماوردي والروياني والشيخ ؛ لأنهم أجمعوا علىٰ أن اختلاف الصنف لا يمنع

---

(١) في هامش (ك) : (معلوم : أن المخالع عليه يستحقه المخالع ، فينبغي أن يحمل كلام الشارح علىٰ ما إذا أسلم شخص لامرأة في شيء ثم إن المسلم يسأل زوج المسلَم إليها علىٰ أن يخلعها علىٰ ما يستحقه في ذمتها من المسلم فيه فيكون خلع أجنبي) .

وَيَجُوزُ أَرْدَأُ مِنَ ٱلْمَشْرُوطِ وَلاَ يَجِبُ ، وَيَجُوزُ أَجْوَدُ وَيَجِبُ قَبُولُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ أَحْضَرَهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ فَٱمْتَنَعَ ٱلْمُسْلِمُ مِنْ قَبُولِهِ لِغَرَضٍ صَحِيحٍ ؛ بِأَنْ كَانَ حَيَوَاناً أَوْ وَقْتَ غَارَةٍ . . لَمْ يُجْبَرْ ، . . . .

القبول ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطىٰ من استسلف منه بكراً بازلاً ، فدل علىٰ : أن مطلق المغايرة لا يضر ، ولا فرق في ذلك بين الوصف والنوع .

والعبد التركي مع الهندي نوعان ، وقيل : جنسان ، والتمر مع الرطب والمسقي بالمطر مع غيره نوعان في الأصح .

وصورة قبول الرطب عن التمر حيث يجوز[1] : أن يكون أسلم في التمر وزناً ؛ لأن الرطب موزون ، ولو أسلم في قمح فأعطاه دقيقاً . . لم يجز بالاتفاق .

قال : (**ويجوز أردأ من المشروط**) ؛ لأنه جنس حقه ، وفي « الإبانة » وجه : أنه لا يجوز ؛ لأنه استبدال قبل القبض .

قال : (**ولا يجب**) ؛ لأنه دون حقه و(الأردأ) مهموز ، ولو أعطاه عن الصفة الفائتة بدلاً . . لم يجز ؛ لأنه بيع صفة وهي لا تفرد بالبيع .

قال : (**ويجوز أجود ويجب قبوله في الأصح**) ؛ لأنها زيادة صفة لا تتميز ، ولأن له غرضاً في براءة الذمة .

والثاني : لا يجب ؛ للمنة ، وجوابه : منع المنة ؛ لأن غرضه براءة ذمته ولا خلاف في الجواز .

وصورة المسألة في الأجود من كل وجه ، فإن كان زائداً من وجه ناقصاً من وجه . . لم يجب قطعاً .

قال : (**ولو أحضره قبل محله فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح ؛ بأن كان حيواناً**) أي : يحتاج إلىٰ علف (**أو وقت غارة**) سواء عقد في وقتها أم لا (. . **لم يجبر**) ؛ لمؤنة العلف في الحيوان وخوف النهب في الغارة ، وكان صواب العبارة أن

---

(١) في هامش (ك) : (أي : على المرجوح) .

وَإِلاَّ . . فَإِنْ كَانَ لِلْمُؤَدِّي غَرَضٌ صَحِيحٌ كَفَكِّ رَهْنٍ . . أُجْبِرَ ، وَكَذَا لِمُجَرَّدِ غَرَضِ ٱلْبَرَاءَةِ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ وَجَدَ ٱلْمُسْلِمُ ٱلْمُسْلَمَ إِلَيْهِ بَعْدَ ٱلْمَحِلِّ فِي غَيْرِ مَحَلِّ ٱلتَّسْلِيمِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ ٱلأَدَاءُ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ ، وَلاَ يُطَالِبُهُ بِقِيمَتِهِ لِلْحَيْلُولَةِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ، . . . .

يقول : (كأن) بالكاف ؛ ليكون أحد أمثلة المسألة لا تفسيراً لها ، وأن يقول : (إغارة) بالألف .

و(المحل) بكسر الحاء : وقت الحلول ، وأما مكان التسليم . . فبفتحها .

قال : (**وإلا . . فإن كان للمؤدي غرض صحيح كفك رهن . . أجبر**) ؛ لتعنته ، وسيأتي في (كتاب الكتابة) .

وفي « سنن البيهقي » [١٠/٣٣٤] : أن أنساً رضي الله عنه كاتب عبداً ، فجاء العبد بالمال قبل الأجل فلم يقبله منه ، فأخذه منه عمر ووضعه في بيت المال وقال : اذهب ؛ فقد عتقت .

وكفك الرهن براءة ذمة الضامن ، وكذلك خوف انقطاع الجنس عند المحل على الأصح .

ولو اجتمع غرض المؤدي والمستحق . . فالأصح : تقديم غرض المستحق .

قال : (**وكذا لمجرد غرض البراءة في الأظهر**) ؛ للأثر المذكور ، ولأن امتناعه حينئذ تعنُّت .

والثاني : لا يجبر ؛ لما فيه عليه من المنة ، وستأتي المسألة في (كتاب الكتابة) أيضاً .

قال : (**ولو وجد المسلم المسلم إليه بعد المَحِل**) أي : بكسر الحاء (**في غير مَحَل التسليم**) أي : بفتحها ، وهو مكانه .

قال : (**. . لم يلزمه الأداء إن كان لنقله مؤنة**) ؛ لعدم التزامه لها .

قال : (**ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح**) ؛ لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه .

والثاني : نعم ؛ لأن الأخذ للحيلولة ليس بتعويض حقيقي .

وَإِنِ ٱمْتَنَعَ مِنْ قَبُولِهِ هُنَاكَ . . لَمْ يُجْبَرْ إِنْ كَانَ لِنَقْلِهِ مُؤْنَةٌ ، أَوْ كَانَ ٱلْمَوْضِعُ مَخُوفاً ، وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : إِجْبَارُهُ .

فَصْلٌ :

ٱلإِقْرَاضُ مَنْدُوبٌ ، . . . .

وعلى الصحيح : للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال كما لو انقطع المسلم فيه ، أما ما لا مؤنة له كالدراهم والدنانير . . فله المطالبة به .

ولو ظفر بالغاصب في غير مكان الغصب أو الإتلاف . . فالأصح : أنه يطالبه بالقيمة لا بالمثل .

قال : (**وإن امتنع من قبوله هناك**) أي : في غير محل التسليم (. . **لم يجبر إن كان لنقله مؤنة ، أو كان الموضع مخوفاً**) ؛ لما فيه من الضرر ، فإن رضي بأخذه . . لم توجب له مؤنة النقل .

قال : (**وإلا . . فالأصح : إجباره**) الخلاف ينبني على القولين في التعجيل قبل المحل وقد تقدما .

تتمة :

هـٰذا كله إذا أتىٰ بالدين من هو عليه أو ضامنه ، أما المتبرع ، فإن كان عن حي . . لم يجب القبول ، وإن كان عن ميت ، فإن كان وارثه . . وجب ، وإن تبرع عن الوارث . . ففيه تردد للقاضي حسين[1] .

قال : (**فصل :**

الإقراض مندوب) ؛ لأنه فعل خير ومعاونة على البر والتقوىٰ .

وفي « صحيح مسلم » [٢٦٩٩] : « من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا . . نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه » .

وفي « سنن ابن ماجه » [٢٤٣١] عن أنس رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه

---

(١) في هامش (ك) : (والأوجه : عدم الوجوب) .

. . . .

وسلم قال : « رأيت مكتوباً علىٰ باب الجنة ليلة أسري بي : الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر ، فقلت : يا جبريل ؛ ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال : لأن السائل قد يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » .

وفي « مسند أبي يعلىٰ » [٥٠٣٠] و« صحيح ابن حبان » [٥٠٤٠] عن ابن مسعود رضي الله عنه : « من أقرض مسلماً درهماً مرتين . . كان له كأجر صدقتهما مرة »[١] .

واستقرض النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح من صفوان بن أمية خمسين ألف درهم ، ومن عبد الله بن أبي ربيعة أربعين ألفاً[٢] ، ومن حويطب بن عبد العزىٰ أربعين ألفاً ، فكانت مئة وثلاثين ألفاً قسمها صلى الله عليه وسلم بين أصحابه من أهل الضعف ، فكان نصيب الرجل الخمسين الدرهم إلىٰ أقل من ذلك ، ثم قضاها داعياً لهم وقال : « جزاء المقرض الحمد والوفاء » .

و(القرض) مصدراً : القطع ، واسماً : المقرض ، قال الله تعالىٰ : ﴿ مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ﴾ فنصب (قرضاً) علىٰ أنه مفعول به ، فلذلك كان تعبير المصنف بـ(الإقراض) أحسن من تعبير « الروضة » وغيرها بـ(القرض) .

وسمي القرض الشرعي قرضاً ؛ لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله ، وأهل الحجاز يسمونه سلفاً ، وأهل العراق يسمونه قرضاً .

وقوله : (مندوب) أي : له[٣] ، فحذف حرف الجر توسعاً ، وعبر في « الشرح » و« المحرر » و« الروضة » بـ(مندوب إليه) ، وكذا قاله في « المحكم » ، والمعروف جره باللام ، تقول : ندبته لكذا فانتدب له ، أي : دعوته له فأجاب ، وأما

---

(١) في هامش (ك) : (وهـٰذا أصح من حديث جبريل ، وظاهره يخالف حديث جبريل ، وأحسن ما جمع به بينهما : أن درجات الحديث الوارد في الصدقة أكمل من درجات حديث جبريل ، فالثمانية عشر مقابلة بخمسة دراهم ، فتلخص : أن الصدقة أفضل من القرض على المعتمد)اهـ

(٢) حديث ابن أبي ربيعة أخرجه النسائي (٧/ ٣١٤) ، وأما الحديث بهـٰذا السياق . . فلم أجده ، والله أعلم .

(٣) في هامش (ك) : (أي : مستحب) .

وَصِيغَتُهُ : أَقْرَضْتُكَ ، أَوْ أَسْلَفْتُكَ ، أَوْ خُذْهُ بِمِثْلِهِ ، أَوْ مَلَّكْتُكَهُ عَلَىٰ أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ .

المندوب . . فهو الشخص نفسه .

والإقراض رخصة ليس علىٰ قياس المعاوضات ، قال الغزالي : وكأنه عند الشافعي إذن في الإتلاف بشرط الضمان ، أو هو قريب منه ، أي : فيه شوب منه ، وفيه نظر .

قال : (**وصيغته : أقرضتك ، أو أسلفتك**) وهما صريحان قطعاً .

قال : (**أو خذه بمثله**) ؛ لدلالتها على المقصود ، لأنه يضمن بالمثل ، فإن اقتصر علىٰ (خذه) . . لم يملك التصرف ، وجعلوا (خذه بكذا) في (البيع) كناية في الأصح ، وهنا جزموا بصحة القرض بـ(خذه بمثله) .

قال الشيخ : وينبغي أن يجري فيه الخلاف الذي في البيع .

ومقتضىٰ كلام « المطلب » : أنه هنا أيضاً كناية كالبيع[1] .

قال : (**أو ملكتكه علىٰ أن ترد بدله**) ؛ لأن ذلك حقيقة القرض ، ولا يحتمل البيع ؛ لجهالة الثمن ، وكذا لو قال : خذه واصرفه في حوائجك ورد بدله ، فإن اقتصر علىٰ (ملكتكه) ولم يذكر البدل ولا نواه . . فهو هبة لا يحتمل غيرها ، وإن نواه . . فهو كناية ، فإن اختلفا في ذكر البدل . . فالقول قول الآخذ[2] ؛ لأن الأصل عدمه[3] .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٢) في هامش (ك) : (بالنسبة لعدم ذكر البدل ، ويلزمه رده للمدعي .
هـٰذا كله حيث لا بعث ، وحاصل ما في هـٰذه المسألة ـ وعليه يحمل الكلام المختلف بظاهره فيها ـ : أنه لو بعث شيئاً إلىٰ شخص واختلف الدافع والقابض ، فإن تلفظ حال البعث بالإهداء أو العارية أو الأمانة أو غيرها . . فالحكم للفظه ، وإن لم يتلفظ . . فالحكم لقصده إن كان له عليه شيء ، ويصدق بيمينه ، وإلا . . فالمبعوث إليه ، ولو دفع إليه ولم يبعث . . فالقول للدافع .
ولو قال المبعوث إليه : أرسله هدية ، وقال الرسول : بل وديعة . . يصدق بيمينه ، لـٰكن في آخر « الصداق » في كلام ابن المقري مسألة وهي : وإن أعطىٰ غير غريم شيئاً وقال : أعطيتك إياه بعوض وأنكر . . صدق المنكر بيمينه وهي بظاهرها تُعكِّرُ علىٰ قوله أعلاه : ولو دفع إليه ولم يبعث . . فالقول للدافع .
قد يجاب عن مسألة ابن المقري بأن الإعطاء يقتضي التمليك ، فكأنه حصل له الملك وادعىٰ عليه والأصل عدمه) اهـ كاتبه .

(٣) في هامش (ك) : (على أنه يمكن أن يقال هنا : اتفقا على التمليك واختلفا في ذكر البدل ، =

وَيُشْتَرَطُ : قَبُولُهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَفِي ٱلْمُقْرِضِ : أَهْلِيَّةُ ٱلتَّبَرُّعِ . وَيَجُوزُ إِقْرَاضُ مَا يُسْلَمُ فِيهِ إِلاَّ ٱلْجَارِيَةَ ٱلَّتِي تَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، . . . .

قال : (**ويشترط : قبوله في الأصح**) كالبيع والهبة وسائر التمليكات .

والثاني : لا يشترط ؛ لأن القرض إتلاف بعوض فلا يستدعي قبولاً وهو مكرمة سبيله سبيل القربات والتبرعات لا سبيل المعاوضات ، ولهٰذا لا يجب التقابض فيه وإن كان ربوياً ، ولا يجوز شرط الأجل فيه .

قال : (**وفي المقرض : أهلية التبرع**) ؛ لأن القرض تبرع ، أو فيه شائبة التبرع ، كما جزم به الرافعي في أبواب وهو المعتبر ، فلا يصح من محجور عليه ولا من مكاتب ولا من ولي إلا لضرورة .

لٰكن يستثنىٰ منه القاضي ؛ فإنه ليس أهلاً للتبرع في مال المحجور ، وله إقراضه بلا ضرورة ؛ لكثرة أشغاله ، وله أن يقرض مال المفلس إذا رضي الغرماء بتأخير القسمة إلىٰ أن يجتمع المال كله ، نص عليه ، فيحمل اشتراط أهلية التبرع علىٰ من يقرض مال نفسه .

أما المقترض . . فلم يتعرض في الكتاب ولا في « الروضة » لشرطه ، ولا تشترط فيه إلا أهلية المعاملة .

ويفهم من كلام المصنف : أن الأعمىٰ يصح إقراضه واقتراضه إلا أن قبضه لا يكفي .

قال : (**ويجوز إقراض ما يسلم فيه**) ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً ، وقِيسَ غيره عليه .

والمراد : ما يسلم في نوعه ، وإلا . . فالمعين لا يسلم فيه ، والقرض يكون في المعين والموصوف .

قال : (**إلا الجارية التي تحل للمقترض في الأظهر**) ؛ لأن المقترض قد يردها بعد الوطء فيكون في معنىٰ إعارة الجواري للوطء .

= ولا كذلك المسائل المقتضية لتصديق المالك) .

قال مالك في « الموطأ » : ولم يزل أهل العلم ببلدنا ينهون عن ذلك ولا يرخصون فيه لأحد ، وهـٰذا علىٰ قاعدته في سد الذرائع .

أما علىٰ قاعدة الشافعي رضي الله عنه . . فيحتاج إلىٰ دليل .

وليس هـٰذا كالأب إذا وهب لولده جارية ؛ فإنه يحل له وطؤها مع جواز استرجاع الأب ؛ لأن الملك من جهة الابن لازم ، بخلاف ملك المقرض .

وقيل : يجوز كإقراض العبد ، وهـٰذا هو القياس عند الإمام والغزالي ، ونقلاه عن النص ، وبه قال المزني وأهل الظاهر ؛ لعموم الأدلة .

وقيل : يجوز إقراضها ولا يحل وطؤها ، حكاه العمراني .

أما المحرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة . . فيجوز إقراضها بالاتفاق ، كذا قاله الرافعي تبعاً للغزالي والإمام ، وليس كذلك ؛ ففي « الحاوي » أيضاً وجه : أنه لا يجوز في هـٰذه الحالة أيضاً ، ومن لا تحل له في الحال كأخت الزوجة . . الظاهر : أنها لا تحل .

والخنثىٰ كالمرأة في استقراض الأمة ، قاله في « شرح مسلم »[1] ، وفيه نظر .

قال : (**وما لا يسلم فيه لا يجوز إقراضه في الأصح**) ؛ لأن القرض يقتضي رد المثل ، وما لا ينضبط بالصفة لا مثل له ، فلا يجوز قرض الجواهر الكبار ، ولا الشاة ونتاجها ، ولا المختلطات كالقمح المختلط بالشعير .

والثاني : يجوز كالبيع .

وأفهمت عبارة المصنف : أنه لا يجوز إقراض المنافع[2] ؛ لأنه لا يجوز السلم فيها ، ولا إقراض ماء القناة ؛ لأنه مجهول ، وهو كذلك في زوائد « الروضة » نقلاً عن « فتاوى القاضي حسين » ، وأقره .

وصرح المتولي بجواز إقراض المنافع ، فإذا قال : أقرضتك منفعة عبدي أو داري

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (أي : إذا لم تكن في الذّمة) .

. . . .

شهراً وسلم العين . . صار مستحقاً للمنافع يتصرف فيها علىٰ حسب اختياره ، وبالجواز صرح الرافعي في (الإجارة) ، وصوبه في « المهمات » .

فروع :

الأصح : جواز قرض الخبز كما صرح به ابن الصباغ والمتولي والشاشي والرافعي في « الشرح الصغير » ؛ لإجماع أهل الأمصار في سائر الأعصار ، وصحح البغوي : أنه لا يجوز ، والمعتمد : الأول[1] ، وهو مذهب أبي قلابة ومالك وأحمد وأبي يوسف ومحمد .

وإذا جوزنا . . وجب رد مثله وزناً ، كما نقله الرافعي عن صاحب « البيان »[2] ، وفي « الكافي » : يجوز إقراضه عدداً ، وفي قرض الخميرة وجهان[3] .

وقال المتولي : يجوز قرض شقص من دار ، وأقره عليه الشيخان في (كتاب الشفعة)[4] .

وجزم الماوردي بأنه لا يجوز قرض العقار وهو مقتضىٰ كلام المصنف .

والدراهم والدنانير المغشوشة يصح إقراضها ، كما أفهمه كلام المصنف واقتضاه إطلاق المتولي ، لـٰكن جزم في « البحر » فيها بعدم الجواز[5] .

ويجوز أن يكون المقرض شيئاً في الذمة ، كما لو قال : أقرضتك عشرة دراهم صفتها كذا وقبل ، ثم إن عينها في المجلس . . صح ، وإن عينها بعد مفارقته . . ففي « المهذب » و« البيان » : أنه إن لم يطل الفصل . . جاز ، وإن طال . . لم يجز حتىٰ يعيد لفظ القرض ، قال الشيخ : ولم أره لغيرهما .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (أوجههما : الجواز) .

(٤) في هامش (ك) : (وهو المعتمد ، وحمله السبكي علىٰ ما إذا لم يزد الجزء على النصف ؛ فإنَّ له حينئذ مثلاً فيجوز إقراضه كغيره) .

(٥) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

وَيُرَدُّ ٱلْمِثْلُ فِي ٱلْمِثْلِيِّ ، وَفِي ٱلْمُتَقَوَّمِ ٱلْمِثْلُ صُورَةً ، وَقِيلَ : ٱلْقِيمَةُ . وَلَوْ ظَفِرَ بِهِ فِي غَيْرِ مَحَلِّ ٱلْإِقْرَاضِ وَلِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ . . طَالَبَهُ بِقِيمَةِ بَلَدِ ٱلْإِقْرَاضِ . . . .

قال : (**ويرد المثل في المثلي**) ؛ لأنه أقرب إلىٰ حقه .

قال : (**وفي المتقوم المثل صورة**) ؛ لما روىٰ مسلم [١٦٠٠] عن أبي رافع رضي الله عنه قال : استلف النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكراً ، فلما جاءت إبل الصدقة . . أمرني أن أقضي الرجل بكراً ، فقلت : لم أجد في الإبل إلا جملاً خياراً رباعياً ، فقال صلى الله عليه وسلم : « أعطه ؛ فإن خيركم أحسنكم قضاء » .

و(البكر) : الصغير من الإبل ، كالغلام من الآدميين .

و(رباعياً) مخفف الياء : الذي دخل في السنة السابعة .

ولم يقضه من إبل الصدقة إنما اشتراه منها ممن استحقه ، فملكه النبي صلى الله عليه وسلم منه ، واعتبار المثل الصوري يفهم : أنه لا أثر لما فيه من المعاني كحرفة العبد وفراهة الدابة ، والذي يظهر : اعتبار ذلك[1] ، فإن تأتىٰ ذلك ، وإلا . . اعتبرت الصورة مع مراعاة القيمة .

قال : (**وقيل : القيمة**) كما لو أتلف متقوماً ، وهو الأقيس في « الشرحين » و « الروضة » .

وقال المتولي في الشفعة : إنه المذهب ، والمعتبر : قيمة يوم القبض إن قلنا : يملك بالقبض ، وإلا . . فالأكثر منه إلى التصرف ، فإن اختلفا في القيمة أو في صفة الملك . . فالقول قول المستقرض ، وإذا قلنا بجواز قرض ما لا مثل له ولا قيمة . . ضبط بالصفة ويضمن بالقيمة قولاً واحداً ، لـٰكن لنا قرض لا يرد فيه شيء ، وهو إذا اقترض بعض الجيش من بعض شيئاً مما يجوز التبسط به وهم في دار الحرب كما سيأتي في بابه ؛ لأنه لو بقي في يده . . لرده إلى المغنم وله المطالبة به في دار الحرب .

قال : (**ولو ظفر به في غير محل الإقراض وللنقل مؤنة . . طالبه بقيمة بلد الإقراض**) ؛ لما في التكليف بالمثل من الكلفة ، ويخالف السلم ، فإنه لا يأخذ القيمة

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ يَجُوزُ بِشَرْطِ رَدِّ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ أَوْ زِيَادَةٍ ، فَلَوْ رَدَّ هَـٰكَذَا بِلاَ شَرْطٍ . . فَحَسَنٌ ، . . . .

في هـٰذه الحالة بل يفسخ لامتناع الاعتياض ، والمعتبر قيمة يوم المطالبة ؛ لأنه وقت استحقاقها .

ثم إذا أخذت القيمة . . هل هي بطريق المعاوضة أو الحيلولة؟ وجهان : أصحهما : أولهما ، فتبرأ ذمة المقرض وليس له ردها وإعطاء الطعام ، وعلى الثاني : لا تثبت هـٰذه الأحكام .

واحترز المصنف عما لا مؤنة لنقله كما إذا أقرضه دراهم في بلد ثم لقيه في آخر فطالبه ، فإنه يلزمه دفعها ؛ لأن القيمة في ذلك لا تختلف فانتفى الضرر .

قال الإمام : هـٰذا إذا كان ذلك من النقود التي لا عسر في نقلها ولا تتفاوت قيمتها بتفاوت البقاع[1] ، فإن كانت مما يعسر نقلها وتختلف قيمتها . . فلا يطالبه بغير بلد الإقراض .

قال : (**ولا يجوز بشرط رد صحيح عن مكسر أو زيادة**) ويفسد به العقد ؛ لقول فضالة بن عبيد رضي الله عنه : (كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا) رواه البيهقي [٥/ ٣٥٠] ، ورواه عبد الحق مرفوعاً لـٰكن بسند ضعيف .

وقال إمام الحرمين : إنه صح عن النبي صلى الله عليه وسلم .

وفي « البيان » وجه : أنه يصح القرض ويفسد الشرط .

قال : (**فلو رد هكذا بلا شرط . . فحسن**) ؛ لأن خير الناس أحسنهم قضاء ، بل يستحب ذلك للمقترض ولا يكره للمقرض أخذه .

وقيل : يمتنع أخذ الزيادة في الربويات .

وقيل : يمتنع إقراض المشهور برد الزيادة ، ويجوز للمقرض قبول الهدية من المقترض وغيره من المديونين من غير كراهة ، هـٰذا مذهبنا ومذهب ابن عباس رضي الله عنهما ، لـٰكن الأولىٰ أن يتنزه عنها ، وكرهها ابن مسعود رضي الله عنه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ شَرَطَ مُكَسَّراً عَنْ صَحِيحٍ أَوْ أَنْ يُقْرِضَهُ غَيْرَهُ .. لَغَا ٱلشَّرْطُ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَفْسُدُ ٱلْعَقْدُ . وَلَوْ شَرَطَ أَجَلاً .. فَهُوَ كَشَرْطِ مُكَسَّرٍ عَنْ صَحِيحٍ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُقْرِضِ غَرَضٌ ، وَإِنْ كَانَ كَزَمَنِ نَهْبٍ .. فَكَشَرْطِ صَحِيحٍ عَنْ مُكَسَّرٍ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وفي « رسالة القشيري » في (باب التقوىٰ) عن أبي حنيفة : أنه كان لا يجلس في ظل شجرة غريمه ويقول : كل قرض جر منفعة فهو ربا .

قال : (**ولو شرط مكسراً عن صحيح أو أن يقرضه غيره .. لغا الشرط**) ؛ لأنه مجرد وعد .

قال : (**والأصح : أنه لا يفسد**) به (**العقد**) ؛ لأن المنهي عنه جر المقرض النفع إلىٰ نفسه ، وهنا النفع للمستقرض ، فكأنه زاد في المسامحة ووعد وعداً حسناً .

والثاني : يفسد به ؛ لأنه ينافي مقتضاه ، ولو وقع مثل هـٰذا في الرهن .. بطل الشرط جزماً ، وكذا الرهن في الأظهر كما سيأتي ، وفي الفرق عسر[1] .

قال : (**ولو شرط أجلاً .. فهو كشرط مكسر عن صحيح إن لم يكن للمقرض غرض**) ؛ لأنه رفق فيصح العقد ولا يلزم الأجل على الصحيح .

قال : (**وإن كان كزمن نهب .. فكشرط صحيح عن مكسر في الأصح**) ؛ لما فيه من جر المنفعة .

ومن صور المسألة : أن يقرضه شيئاً ليكتب له به كتاباً إلىٰ وكيله ليعطيه في غير تلك البلد ليأمن خطر الطريق وتتوفر عليه مؤنة الحمل ، فذلك منفعة .

---

(١) في هامش (ت) : (وأقول وبالله التوفيق : لا عسر في الفرق ؛ لأن المقرض هنا لا حظَّ له فيما شرطه من جر النفع إلى المقترض ، بخلاف الراهن ؛ فإن له حظاً ظاهراً فيما شرطه من جر النفع إلى المرتهن ، ومن الحظ : تأخير الطلب عنه فيما بسببه الرهن كالدين مثلاً ، ولا كذلك المقرض ، والرهن لم يكن مجاناً بغير سبب بل له سبب وهو الدين ، بخلاف القرض ؛ فإنه كان أصله مجاناً بلا سبب بل محض فضل وإحسان ، فاغتفر فيه ما هو من حيز الفضل والإحسان ، والله أعلم) .
وفي هامش (ك) : (ويجاب بقوة داعي القرض ؛ لأنه مستحب ، بخلاف الرهن) .

والثاني : أنه كالتأجيل بغير عوض فيلغو الشرط ويصح العقد .

وتتلخص في فساد القرض بشرط الأجل ثلاثة أوجه : ثالثها : إن كان للمقرض غرض . . فسد ، وإلا . . فلا ، ولا يلزم الأجل عندنا بحال .

وقد قال مالك : يثبت الأجل ابتداء بأن يقرضه مؤجلاً ، وانتهاء بأن يقرضه حالاً ثم يؤجله .

فائدة :

قال الشيخ : قول الأصحاب : لا يجب الوفاء بالوعد . . مشكل ؛ لأن ظواهر الآيات والسنة تقتضي وجوبه ، وإخلاف الوعد كذب ، والخلف والكذب من أخلاق المنافقين ، قال : ولا أقول : يبقىٰ ديناً في ذمته حتىٰ يقضىٰ من تركته ، وإنما أقول : يجب الوفاء به ؛ تحقيقاً للصدق وعدم الإخلاف[1] ، وتصير الواجبات ثلاثة :

منها : ما هو ثابت في الذمة ويطالب بأدائه ، وهو الدين علىٰ موسر وكل عبادة وجبت وتمكن منها .

ومنها : ما ثبت في الذمة ولا يجب أداؤه ، كالزكاة بعد الحول وقبل التمكن .

ومنها : ما لم يثبت في الذمة ويجب أداؤه ، كهـٰذا .

قال : وقد استنبطت من قوله تعالىٰ : ﴿ ۞أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ نَافَقُواْ﴾ الآية : أن الكذب لا يختص بالماضي ، وأن الجملة المقسم عليها خبرية[2] ؛ لأنه كذبهم في قولهم : ﴿ لَئِنْ أُخْرِجْتُمْ لَنَخْرُجَنَّ مَعَكُمْ﴾ .

مهمة :

قال الأصحاب : يصير الحال مؤجلاً بالوصية ، ومقتضىٰ كلام المتولي : أنه يتأجل

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا ضعيف) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

بالنذر على الصحيح[١] ، والرافعي ذكر هٰذا في (باب البيوع المنهي عنها) .

قال ابن الرفعة : إذا كان من عليه الدين ميتاً . . فلا أثر لنذر تأخير المطالبة ؛ لأن المبادرة إلىٰ براءة ذمة الميت واجبة ، وحينئذ فلا يؤثر النذر ، حتىٰ لو رضي الوارث ورب الدين بذلك . . لم يجز .

ولك أن تقول : الوصية والنذر ليس فيهما تأجيل حال بل تأخير الطلب مع حلول الدين ، كما أن المديون المعسر يجب إنظاره مع حلول الدين ، ويظهر أثر ذلك في الزكاة[٢] .

نعم ؛ لو أن الناذر في هٰذه الحالة مات . . فهل لورثته المطالبة ؛ لأن الدين حال والناذر قد مات وهم لم ينذروا ، أو عليهم الإمهال ؛ لأن الحق انتقل إليهم كذلك؟ فيه نظر ، والظاهر : أن لهم الطلب[٣] ، وهو يؤيد البحث السابق .

قال : (**ولـه شرطُ رهن وكفيل**) ؛ لأنه توثقة في العقد لا زيادة ، وكذا شرط الإشهاد عليه والإقرار به عند الحاكم .

ولو اشترط رهناً بدين آخر . . فهو كزيادة الصفة ، وما أحسن قول عمر بن محمد النَّسفي ـ بفتح النون ـ [من الوافر] :

أنلني بالذي استقرضْتَ خطاً ... وأشهدْ معشراً قد شاهدوه
فإنَّ الله خلاّق البرايا ... عَنَتْ لجلالِ هيبتِهِ الوجوه
يقول : إذا تداينتم بدينٍ ... إلىٰ أجلٍ مسمىً فاكتبوه

فإن قيل : ما فائدة هٰذه الشروط حتىٰ يحكم بصحتها ؛ لأنه لا يجب على المقترض الوفاء بما شرط عليه من الرهن وغيره ، ولا على المشروط كفالته أن يتكفل ، وإنما صححنا هٰذه الشروط في البيع ؛ لأن فيه فائدة وهو الفسخ علىٰ تقدير :

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَمْلِكُ ٱلْقَرْضَ بِٱلْقَبْضِ ، وَفِي قَوْلٍ : بِٱلتَّصَرُّفِ . وَلَهُ ٱلرُّجُوعُ فِي عَيْنِهِ مَا دَامَ بَاقِياً بِحَالِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

أن لا يقوم بها ، وهو هٰهنا متمكن منه . . فالجواب : أنه ليس المراد بذلك صحة الشرط بل عدم الإفساد للقرض[1] .

قال : (**ويملك القرض بالقبض**) ؛ لأنه لو لم يملك به . . لامتنع عليه التصرف فيه والقبض للمنافع بقبض الأعيان .

قال (**وفي قول : بالتصرف**) ؛ لأنه ليس تبرعاً محضاً ؛ إذ يجب فيه البدل ، وليس معاوضة محضة ؛ إذ له الرجوع فيه ما دام باقياً بحاله ، فوجب أن يملكه بعد استقرار بدله للمقرض .

والمراد : التصرف المزيل للملك ، فإذا تصرف . . تبين ثبوت الملك قبيله .

ومن فروع القولين : ما لو كان المقرض حيواناً ، فإن قلنا : يملك بالقبض . . فنفقته عليه ، وإن قلنا : بالتصرف . . فهي على المقرض إلىٰ أن يتصرف المستقرض .

ولو اقترض من يعتق عليه ، فإن قلنا : يملك بالقبض . . عتق عليه ، وإن قلنا : بالتصرف . . فلا .

قال : (**وله الرجوع في عينه ما دام باقياً بحاله في الأصح**) كالوالد في الهبة ، ولأن له تغريم بدله عند الفوات ، فالمطالبة بعينه أولىٰ ؛ لأنه أقرب .

والثاني : ليس له الرجوع في عينه ؛ صيانة لملك المستقرض ، وله أن يؤدي من موضع آخر كسائر الديون .

والمراد بـ(الدوام) : بقاؤه في ملكه ، وهٰذا يفهم : أنه إذا زال ثم عاد . . لا يرجع فيه ، وقياس نظائره من الفلس وغيره : الجواز[2] .

---

(١) في هامش (ك) : (وأجيب أيضاً بأن فيه توثقة مع إفادته أمن الجحد في بعض وسهولة الاستيفاء في آخر وصون العرض ؛ فإن الحياء والمروءة يمنعانه من الرجوع بغير سبب ، بخلاف ما إذا وُجد سبب ؛ فإن المقترض إذا امتنع من الوفاء بشيء من ذلك . . كان المقرض معذوراً في الرجوع غير ملوم) .

(٢) في هامش (ك) : (وبه جزم العمراني) ورمز لصحته .

. . . .

وإذا زاد زيادة منفصلة كالولد . . أخذه بدونها ، وإن كانت متصلة كالسمن . . أخذه معها ، وإن نقص ، فإن شاء . . أخذه مع الأرش ، وإن شاء . . أخذ بدله .

تتمة :

لو أجره المستقرض . . كان للمقرض الرجوع فيه ولا تبطل الإجارة ، وله الرجوع إلىٰ بدله لنقصان منفعته .

ولو اقترض نقداً فأبطل السلطان المعاملة به . . فليس له غيره ، وقيل : له قيمته يوم ، منع حكاه العمراني .

* * *

خاتمة

روى ابن ماجه [٢٤٠٨] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من استقرض في حاجة غير مكروهة . . فالله معه »[1] .

وكان راويه عبد الله بن جعفر رضي الله عنه يقول كل ليلة لوكيله : (اقترض لي شيئاً لأبيت والله معي) .

وكان عبد الله من أجواد العرب ، أبوه ذو الجناحين ، وأمه أسماء بنت عميس ، مات عام الجحاف سنة ثمانين ، ودفن بالبقيع .

---

(١) في هامش (ت) : (حديث : « ما من مسلم يدَّان ديناً يعلم الله أنه يريد أداءه . . إلا أداه الله عنه في الدنيا » رواه ابن ماجه [٢٤٠٨] وابن حبان [٥٠٤١] والحاكم [٢/ ٢٢] من حديث ميمونة رضي الله عنها .

كان عبد الله بن جعفر رضي الله عنه ـ فيما رواه ابن ماجه [٢٤٠٩] والحاكم [٢/ ٢٣] ـ يستدين ، فسئل ، فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « إن الله مع الدائن حتىٰ يقضي دينه » إسناده حسن .

عن عائشة رضي الله عنها : « ما من عبد كانت له نية في وفاء دينه . . إلا كان له من الله عون » قالت : فأنا ألتمس ذلك العون . اهـ منقولة من « فتح الباري » [٥/ ٥٤]) .

. . . .

وقال القرطبي : لا يمتنع القرض للأعراض ؛ لقصة أبي ضمضم رضي الله عنه .

وفي الحديث : « أقرض من عرضك ليوم عرضك » رواه أبو عمر .

وأما حديث أبي ضمضم رضي الله عنه . . فرواه ابن عدي في « الكامل » [٦/٢١٩] ، والبزار والبيهقي [هب ٨٠٨٣] وأبو داوود في « المراسيل » ، وإرساله أصح .

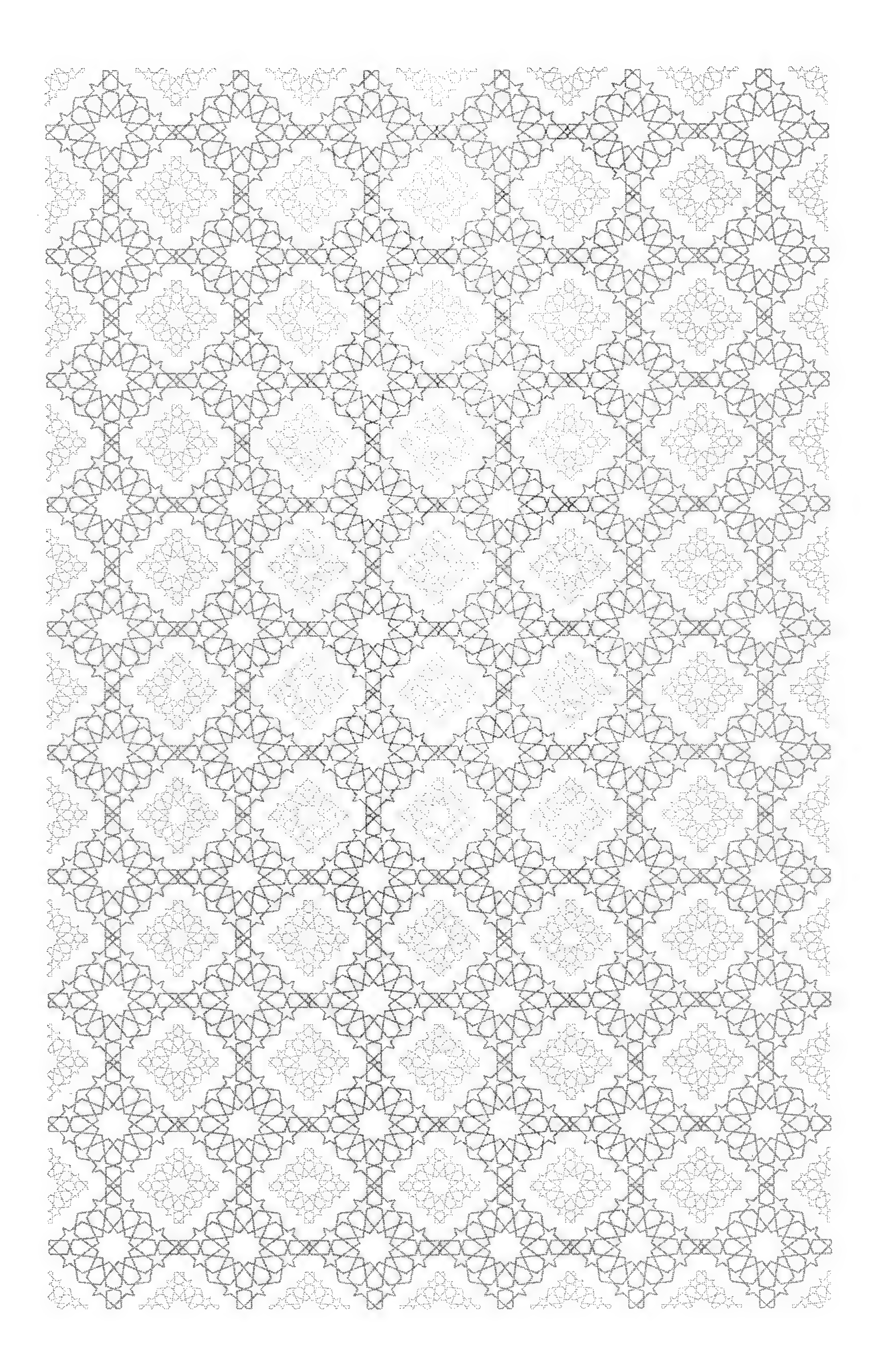
وروي : أن علبة بن زيد الحارثي أحد البكّائين رضي الله عنه لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالصدقة وحث عليها . . قال : اللهم ؛ إني أتصدق بعرضي علىٰ من ناله من خلقك ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم منادياً فنادىٰ أين المتصدق بعرضه؟ فقام علبة بن زيد ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله قبل صدقتك »[١] .

* * *

(١) أورده الهيثمي في « مجمع الزوائد » (٣/ ١١٧) وعزاه إلى البزار .



كتاب الرهن



كِتَابُ ٱلرَّهْنِ

كتاب الرهن

هو في اللغة : الثبوت والدوام ، ومنه : الحالة الراهنة ، أي : الثابتة .

وقال الماوردي : هو الاحتباس ، ومنه : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ .

وتقول : رهنت الشيء وأرهنته بمعنًى .

قال عبد الله بن همام السلولي [من المتقارب] :

فلما خشيت أظافيرهم   نجوت وأرهنتهم مالكا

وهو في الشرع : جعل المال وثيقة بدين .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرُهن مقبوضة﴾ ، وقرىء : ﴿ فَرِهَٰنٌ ﴾ ، وهي جمع : رهن ، وقيل : الرُّهُن جمع الجمع .

ورهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه عند يهودي بالمدينة يقال له : أبو الشحم علىٰ ثلاثين صاعاً من شعير لأهله ، رواه البخاري [٢٠٦٩] ، ومسلم [١٦٠٣] بمعناه ، وهو حجة علىٰ مجاهد وداوود في منعهما الرهن في الحضر .

ثم قيل : إنه صلى الله عليه وسلم افتكه قبل موته ؛ لما روى ابن حبان [٣٠٦١] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « نفس المؤمن معلقة بدينه حتىٰ يقضىٰ عنه » والنبي صلى الله عليه وسلم منزه عن ذلك .

والأصح : أنه لم يفتكه ؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما : (توفي النبي صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودي) ، وحديث ابن حبان محمول علىٰ من لم يخلف وفاء[1] ، وإنما اقتصر صلى الله عليه وسلم علىٰ معاملة اليهودي ؛

(١) في هامش(ك) : (أو علىٰ غير الأنبياء ؛ تنزيهاً لهم ، قال السبكي : مع أنه صلى الله عليه =

لَا يَصِحُّ إِلَّا بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ . فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ مُقْتَضَاهُ كَتَقَدُّمِ ٱلْمُرْتَهِنِ بِهِ ، أَوْ مَصْلَحَةٌ لِلْعَقْدِ كَٱلْإِشْهَادِ ، أَوْ مَا لَا غَرَضَ فِيهِ . . صَحَّ ٱلْعَقْدُ . وَإِنْ شُرِطَ مَا يَضُرُّ ٱلْمُرْتَهِنَ . . بَطَلَ ٱلرَّهْنُ . . . .

بياناً لجواز معاملة أهل الكتاب .

وقيل : لأنه لم يكن عند أحد من مياسير أهل المدينة طعام فاضل عن حاجته غيرَه .

قال : (**لا يصح إلا بإيجاب وقبول**) ؛ لأنه عقد بين اثنين علىٰ مال فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع ، والخلاف في انعقاد البيع بالإيجاب والاستيجاب وبالمعاطاة ، فيجيء في الرهن مثلهما ، ويقوم مقام الصيغة إشارة الأخرس كما تقدم .

وقيل : إن كان الرهن مشروطاً في بيع . . أغنىٰ شرطه عن الصيغة بعد البيع ، وهو ظاهر النص ، ونقله في « المطلب » عن الجمهور .

قال : (**فإن شرط فيه مقتضاه كتقدم المرتهن به ، أو مصلحة للعقد كالإشهاد ، أو ما لا غرض فيه . . صح العقد**) كالبيع في الأقسام الثلاثة ، وجميع ما تقدم هناك يأتي هنا .

قال : (**وإن شرط ما يضر المرتهن . . بطل الرهن**) كشرط أن لا يبيعه عند المحل ، أو لا يبيعه إلا بعد شهر ، أو بأكثر من ثمن المثل ، أو لا يقدم به ، أو يكون مضموناً ؛ لأنه يخالف مقتضاه ، وقيل : في جميع هٰذه الصور الست القولان الآتيان فيما يضر الراهن :

أحدهما : يبطل الرهن .

والثاني : يصح ويبطل الشرط .

= وسلم خارج من الخبر ؛ لأن دَينه ليس لمصلحة نفسه ، لأنه غني بالله ، وإنما أخذ الشعير لأهله وهو متصرف عليهم بالولاية العامة . . فلا يتعلق الدين به بل بهم ، ولم يثبت أنه كان عليه ديون ، وإن ثبت دين . . فهو لمصالح المسلمين) .

وَإِنْ نَفَعَ ٱلْمُرْتَهِنَ وَضَرَّ ٱلرَّاهِنَ كَشَرْطِ مَنْفَعَتِهِ لِلْمُرْتَهِنِ . . بَطَلَ ٱلشَّرْطُ ، وَكَذَا ٱلرَّهْنُ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ شُرِطَ أَنْ تَحْدُثَ زَوَائِدُهُ مَرْهُونَةً . . فَٱلأَظْهَرُ : فَسَادُ ٱلشَّرْطِ ، وَأَنَّهُ مَتَىٰ فَسَدَ . . فَسَدَ ٱلْعَقْدُ . وَشَرْطُ ٱلْعَاقِدِ : كَوْنُهُ مُطْلَقَ ٱلتَّصَرُّفِ ، فَلاَ يَرْهَنُ ٱلْوَلِيُّ مَالَ ٱلصَّبِيِّ وَٱلْمَجْنُونِ ، وَلاَ يَرْتَهِنُ لَهُمَا . . . .

قال : (**وإن نفع المرتهن وضر الراهن كشرط منفعته للمرتهن . . بطل الشرط**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » متفق عليه [خ ٢٧٣٥ـ م ١٥٠٤/٦] .

قال(**وكذا الرهن في الأظهر**) ؛ لأنه ليس من مقتضاه ولا من مصلحته .

والثاني : لا يبطل ؛ لأنه تبرع ، فلم يؤثر ذلك فيه ، كما لو أقرضه الصحاح بشرط أداء المكسر . . يلغو الشرط ويصح العقد ، ثم البطلان فيما إذا أطلق المنفعة ، فلو قيدها بسنة مثلاً . . فهٰذا جمع بين بيع وإجارة في صفقة ، والأظهر فيه : الصحة[1] .

قال : (**ولو شرط أن تحدث زوائده مرهونة . . فالأظهر : فساد الشرط**) ؛ لأنها معدومة ومجهولة .

والثاني : يصح الشرط ويكون رهناً ؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لا يسري إلى الزوائد لضعفه ، فإذا قوي بالشرط . . سرىٰ .

واحترز بـ(الزوائد) عن الكسب ؛ فإن اشتراطها مبطل على القولين .

قال : (**وأنه متىٰ فسد . . فسد العقد**) ؛ لأنه جمع بين معلوم ومجهول ، وفي صحة المعلوم قولا تفريق الصفقة .

قال : (**وشرط العاقد**) راهناً كان أو مرتهناً (**كونه مطلق التصرف**) كعاقد البيع .

قال : (**فلا يرهن الولي مال الصبي والمجنون ، ولا يرتهن لهما**) ؛ لأن الولي في حال الاختيار لا يبيع إلا بحال مقبوض قبل التسليم بلا رهن ولا ارتهان .

والمراد بـ(الولي) هنا : الأب أو الجد أو الوصي أو الحاكم أو أمينه ، ولو عبر

---

(١) في هامش (ك) : (ويكون الثمن والمنفعة في مقابلة قوله : بكذا) ورمز في هامش (ك) لصحته .

إِلاَّ لِضَرُورَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ . وَشَرْطُ ٱلرَّهْنِ : كَوْنُهُ عَيْناً فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . . . .

بمال المحجور . . لعم السفيه وكان أولىٰ ، وحكم الرهن والارتهان سواء ، ونصوص الشافعي رضي الله عنه تقتضي : أن الارتهان يجوز بالمصلحة ، والرهن لا يجوز إلا بالضرورة[1] .

قال : (**إلا لضرورة**) فيجوز الرهن والارتهان ، كأن يحتاج إلى النفقة أو الكسوة ، أو باع ماله مؤجلاً لضرورة نهب ونحوه ، أو كان مؤجلاً بسبب إرث وغيره ؛ لأن في الارتهان مفسدة ، لأنه قد يتلف المرهون ويرفعه إلىٰ حاكم يرىٰ سقوط الدين فيه .

قال : (**أو غبطة ظاهرة**) كما إذا اشترىٰ ما يساوي ألفين بألف نسيئة ورهن به ما يساوي ألفاً من ماله ؛ لأنه إن تلف . . كان في المشترىٰ ما يجبره ، وكذا إذا باع الولي ماله مؤجلاً بغبطة وارتهن على الثمن ، وسيأتي حكم قرض مال الطفل في آخر (باب الحجر) .

قال : (**وشرط الرهن**) أي : المرهون (**كونه عيناً في الأصح**) فلا يجوز رهن المنفعة جزماً ؛ لأنها تتلف شيئاً فشيئاً ، ولا رهن الدين ؛ لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ، ومتىٰ قبضه المالك . . خرج عن أن يكون ديناً .

والثاني : يصح رهن الدين إذا كان علىٰ مقر مليء كبيعه تنزيلاً ؛ لما في الذمم منزلة الأعيان .

هـٰذا في الابتداء ، أما إذا جنىٰ على المرهون . . فإنا نحكم على الأرش وهو في الذمة بأنه مرهون على الأصح .

ولو مات وعليه دين وخلف منفعة أو ديناً . . فإن الدين يتعلق بجميع التركة تعلق رهن على الصحيح .

ويلغز بهـٰذه الصورة فيقال : عين مرهونة من غير صدور عقد عليها ، وكذا التي قبلها .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

وَيَصِحُّ رَهْنُ ٱلْمُشَاعِ وَٱلْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا وَعَكْسُهُ ، وَعِنْدَ ٱلْحَاجَةِ يُبَاعَانِ ، وَيُوَزَّعُ ٱلثَّمَنُ ، وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ تُقَوَّمُ ٱلْأُمُّ وَحْدَهَا ثُمَّ مَعَ ٱلْوَلَدِ فَٱلزَّائِدُ قِيمَتُهُ . . . .

وكذلك إذا رهن عصيراً فانقلب في يد المرتهن خمراً . . فإن التخمُّر[1] يخرجه عن المالية ، فإن عاد خلاً . . عاد الرهن على المشهور كما يعود الملك .

قال : (**ويصح رهن المشاع**) سواء رهنه من شريكه أو غيره وقبضه بقبض الجميع ؛ قياساً على البيع ، وبهـٰذا قال مالك وأحمد .

قال : (**والأم دون ولدها وعكسه**) ؛ لأن ذلك ليس بتفريق ، إذ الملك فيهما باق .

قال : (**وعند الحاجة يباعان ، ويوزع الثمن**) ؛ لأن بيعهما معاً ممكن والتفريق منهي عنه ، فلما التزم بالرهن بيع الأم . . جعل ملتزماً لما هو من أحكامه وهو بيع الولد معها ، هـٰذا هو الأصح المنصوص .

والثاني : يجوز بيع الأم وحدها ؛ لأنه موضع ضرورة فيحتمل التفريق لذلك .

قال : (**والأصح : أنه تقوَّم الأم وحدها ثم مع الولد فالزائد قيمته**) فتقوَّم الأم وحدها موصوفة بكونها ذات ولد حاضنة له ، فيقال : قيمتها ـ مثلاً ـ مئة ، ثم تقوَّم هي والولد جميعاً ، فيقال : قيمتهما ـ مثلاً ـ مئة وخمسون ، فالخمسون الزائدة لا حَقَّ للمرتهن فيها .

والثاني : أن الأم تقوَّم وحدها ، ثم يقوَّم الولد وحده محضوناً مكفولاً ، ثم يقسَّط الثمن عليهما .

هـٰذا إذا كانت الأم مرهونة ، فإن كان الولد . . انعكس الحكم في التقويم ، فكان ينبغي أن يقول : يقوَّم المرهون وحده ، ثم يقوم مع الآخر ، فالزائد قيمة الآخر .

وحكم الولد مع الأب وغيره ممن يمتنع التفريق بينهما كحكمه مع الأم ، وهـٰذه المسألة مستثناة من قولنا : ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه .

---

(١) في (ك) : (فإن الرهن يخرج به عن المالية) .

وَرَهْنُ ٱلْجَانِي وَٱلْمُرْتَدِّ كَبَيْعِهِمَا . وَرَهْنُ ٱلْمُدَبَّرِ ، وَمُعَلَّقِ ٱلْعِتْقِ بِصِفَةٍ يُمْكِنُ سَبْقُهَا حُلُولَ ٱلدَّيْنِ بَاطِلٌ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

قال : (**ورهن الجاني والمرتد كبيعهما**) فيصح في الأصح فيهما إذا كانت الجناية عمداً ، ولا يصح في الجاني خطأً في الأصح .

وقد تقدمت مسألة بيع الجاني في (البيع) ، ومسألة المرتد في (الرد بالعيب) حيث قال : (ولو قتل بردة سابقة . . ضمنه البائع في الأصح) فجزم بصحة بيعه ، وهو الأصح ، فيكون الراجح : صحة رهنه .

فرع :

رهنُ الأرض المستغلة بالزراعة . . باطل ، وكذا رهن سواد العراق ؛ لأن عمر رضي الله عنه وقفه على المسلمين كما سيأتي في (السير) .

وأما الأبنية التي كانت به كالدور . . فالصحيح : أنها ليست وقفاً فيجوز رهنها وبيعها .

قال : (**ورهن المدبر ، ومعلق العتق بصفة يمكن سبقها حلول الدين باطل على المذهب**) ؛ لتعلق حق العتق بهما ، أما معلق العتق . . فالمنصوص فيه : البطلان ، والقول بالصحة فيه مخرج ، وأما المدبر . . ففيه ثلاث طرق :

الصحة قطعاً .

والبطلان قطعاً .

وإجراء قولين : أصحهما : البطلان .

وأصل القولين : أنه تعليق عتق بصفة أو وصية ، إن قلنا : تعليق . . لم يصح رهنه ، وإن قلنا : وصية صح ، لـكن قال في « الروضة » : القوي في الدليل صحة رهن المدبر[1] .

واحترز المصنف عن الصفة التي يقطع بتأخيرها فيصح ، أو بسبقها فيبطل ، فإن احتمل الأمران . . فالأظهر : بطلانه ؛ للغرر .

---

(١) في هامش(ك) : (غير معتمد) .

وَلَوْ رَهَنَ مَا يَسْرُعُ فَسَادُهُ : فَإِنْ أَمْكَنَ تَجْفِيفُهُ كَرُطَبٍ.. فُعِلَ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ رَهَنَهُ بِدَيْنٍ حَالٍّ ، أَوْ مُؤَجَّلٍ يَحِلُّ قَبْلَ فَسَادِهِ ، أَوْ شَرَطَ بَيْعَهُ وَجَعَلَ ٱلثَّمَنَ رَهْناً .. صَحَّ ، وَيُبَاعُ عِنْدَ خَوْفِ فَسَادِهِ وَيَكُونُ ثَمَنُهُ رَهْناً ، وَإِنْ شَرَطَ مَنْعَ بَيْعِهِ .. لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ أَطْلَقَ .. فَسَدَ فِي ٱلأَظْهَرِ . . . .

ووجه الصحة : أن الأصل استمرار الرق .

أما رهنه بدين حالٍّ .. فيصح علىٰ ما جزم به الأصحاب ، وفيه إشكال من جهة : أن رهن المدبر باطل مطلقاً .

ومحل الخلاف : إذا لم يشرط بيعه قبل وجود الصفة ، فإن شرطه .. صح ، قاله في « المرشد » ، وهو ظاهر[1] .

قال : (**ولو رهن ما يسرع فساده : فإن أمكن تجفيفه كرطب .. فعل**) ؛ حفظاً للرهن ، وكذلك العنب الذي يتزبب ، واللحم الذي يمكن تقديده .

قال ابن الرفعة : والمجفِّف هو المالك ومؤنته عليه ، أما إذا رهنه بحالٍّ أو مؤجل يحل قبل فساده .. فإنه يباع علىٰ حاله .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يمكن تجفيفه كالبقول وما لا يجفف من الثمار (**فإن رهنه بدين حالٍّ ، أو مؤجل يحل قبل فساده ، أو شرط بيعه وجعل الثمن رهناً .. صح**) ؛ لانتفاء المحذور .

قال : (**ويباع عند خوف فساده ويكون ثمنه رهناً**) أي : من غير إنشاء عقد .

قال : (**وإن شرط منع بيعه .. لم يصح**) ؛ لأنه ينافي مقتضاه ، وهاذا اتفق الأصحاب عليه .

قال : (**وإن أطلق .. فسد في الأظهر**) ؛ لأنه لا يمكن بيعه في الدين عند محله فلم يجز رهنه كأم الولد .

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة وأحمد ـ : يصح ويباع كما لو شرط بيعه ؛ لأن الظاهر : أنه لا يقصد إتلاف ماله ، ونقل في « الشرح الصغير » تصحيحه عن

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ هَلْ يَفْسُدُ قَبْلَ ٱلأَجَلِ . . صَحَّ فِي ٱلأَظْهَرِ . وَلَوْ رَهَنَ مَا لاَ يَسْرُعُ فَسَادُهُ فَطَرَأَ مَا عَرَّضَهُ لِلْفَسَادِ كَحِنْطَةٍ ٱبْتَلَّتْ . . لَمْ يَنْفَسِخِ ٱلرَّهْنُ بِحَالٍ . . . .

الأكثرين ، وهو موافق لنص « المختصر » ، ولأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط ، والمتعارف فيما يفسد : أن يباع قبل فساده ، ولم يصحح في « الشرح الكبير » شيئاً من القولين وفاقاً للقاضي أبي الطيب .

قال الشيخ : ولي به أسوةٌ ؛ فإن النظر بينهما متجاذب .

وإذا قلنا بالصحة ، فإذا أشرف على الفساد . . بيع ويكون ثمنه رهناً كما لو شرطه ، ويجبر الراهن علىٰ ذلك عند الجمهور .

قال : (**وإن لم يعلم هل يفسد قبل الأجل . . صح في الأظهر**) ؛ لأن الأصل البقاء .

والثاني : يفسد ؛ للجهل بإمكان البيع عند المحل ، ويشكل علىٰ هـٰذا : ما تقدم في المعلق العتق بصفة لا يعلم هل تتقدم أو تتأخر : أنه لا يصح ، وهما في المعنىٰ مستويان[1] .

قال : (**ولو رهن ما لا يسرع فساده فطرأ ما عرضه للفساد كحنطة ابتلت . . لم ينفسخ الرهن بحال**) ؛ لأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ، بل يباع عند الإشراف على الفساد ويجعل ثمنه رهناً مكانه .

هـٰذا إذا عرض بعد القبض ، فإن عرض قبله ولم يمكن تجفيفه . . ففي الانفساخ وجهان : أصحهما : أنه لا ينفسخ أيضاً .

---

(١) في هامش (ك) : (فرق بينهما بأن سبب الفساد ثَمَّ ـ وهو التعليق ـ موجود عند ابتداء الرهن ، بخلافه هنا ، وبأن علاقة الفساد هنا تظهر دائماً بخلافها ثَمَّ ، وبأن الظاهر من حال المالك إرادة بيعه عند إشرافه على الفساد فيباع ؛ إذ العاقل لا يختار إتلاف ماله فكان كما لو شرط بيعه وجعل ثمنه رهناً ، بخلاف العتق ؛ فقد لا يريد بيعه طلباً للثواب) .
وفي هامش (ت) : (الفرق بينهما : أن للفساد أمارة يعرف بها ، فإذا أشرف عليه بمقتضاها . . أمكن بيعه ، بخلاف المعلق عتقه ؛ إذ لا أمارة تدل على وجود الصفة ، وإن فرضت . . فنادرة ، وأيضاً : ما جهل فساده قد يباع عند فساده ، ولا كذلك المعلق عتقه) .

وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَ شَيْئاً لِيَرْهَنَهُ ، وَهُوَ فِي قَوْلٍ : عَارِيَّةٌ . وَٱلأَظْهَرُ : أَنَّهُ ضَمَانُ دَيْنٍ فِي رَقَبَةِ ذَلِكَ ٱلشَّيْءِ ، فَيُشْتَرَطُ : ذِكْرُ جِنْسِ ٱلدَّيْنِ وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ ، . . . .

قال : (**ويجوز أن يستعير شيئاً ليرهنه**) أشار بهـٰذا إلىٰ أنه لا يشترط أن يكون المرهون ملكاً للراهن ، فإذا استعار شيئاً ليرهنه . . جاز على النص ؛ لأن المقصود التوثقة وهي حاصلة بذلك ، وبهـٰذا قال الجمهور خلافاً لابن سريج .

ومقتضىٰ إطلاق المصنف : أنه لو كان المستعار دراهم أو دنانير . . فالمتجه : الصحة وإن منعنا إعارتها لغير ذلك[1] .

ويجوز أن يرهن ماله علىٰ دين غيره ، وأن يوكل المديون في أن يرهن علىٰ دين نفسه مال الموكل .

قال : (**وهو في قول : عارية**) ؛ لأنه قبضه بإذن مالكه لمنفعة نفسه ، فأشبه ما لو استعاره للخدمة .

قال : (**والأظهر : أنه ضمان دين في رقبة ذلك الشيء**) ؛ لأن العارية ينتفع المستعير بها مع بقاء عينها ، والانتفاع بها هنا ببيعها في الدين فيبطل كونها عارية ، فلم يبق إلا الضمان ، كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره ؛ فإنه يصح وتكون ذمته فارغة .

قال الإمام : وليس القولان في أنه يتمحض عارية أو ضماناً ، وإنما هما في المغلب منهما .

قال : (**فيشترط : ذكر جنس الدين وقدره وصفته**) أي : في الحلول والأجل والصحة والتكسير وغير ذلك كما في الضمان ؛ لاختلاف الأغراض بذلك ، وإذا عين قدراً . . جاز أن يرهنه بما دونه جزماً ، فإن زاد . . بطل في الجميع على الأصح المنصوص ؛ للمخالفة ، كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش .

وقيل : يبطل في الزائد فقط ، واختار الشيخ تخريجه علىٰ تفريق الصفقة .

ولو قال : أرهنه بمئة دينار فرهنه بمئة درهم . . لم يصح ، وكذا إذا قال : بمئة درهم فرهنه بمئة دينار .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا ٱلْمَرْهُونُ عِنْدَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . فَلَوْ تَلِفَ فِي يَدِ ٱلْمُرْتَهِنِ . . فَلاَ ضَمَانَ وَلاَ رُجُوعَ لِلْمَالِكِ بَعْدَ قَبْضِ ٱلْمُرْتَهِنِ . وَإِذَا حَلَّ ٱلدَّيْنُ أَوْ كَانَ حَالاًّ . . رُوجِعَ ٱلْمَالِكُ لِلْبَيْعِ ، وَيُبَاعُ إِنْ لَمْ يَقْضِ ٱلدَّيْنَ ، ثُمَّ يَرْجِعُ ٱلْمَالِكُ بِمَا بِيعَ بِهِ . . . . . .

ولو قال : آرهنه بما شئت . . جاز أن يرهنه بأكثر من قيمته ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، ولو أراد المالك إجباره علىٰ فكه . . فله ذلك بكل حال ، إلا إذا كان الدين مؤجلاً وقلنا : إنه ضمان ، فإن أعتقه المالك وقلنا : إنه ضمان . . ففي « التهذيب » : أنه كإعتاق المرهون ، وإن قلنا : عارية . . صح وكان رجوعاً .

قال : (**وكذا المرهون عنده في الأصح**) ؛ لاختلاف الناس طلباً واستيفاء .

والثاني : لا يجب ؛ لضعف الغرض في ذلك .

وهما مأخوذان من القولين في اشتراط تعيين المضمون له ، فإن قلنا : عارية . . لم يشترط ذلك ، وعلى القولين : إذا عين شيئاً من ذلك . . لم تجز مخالفته .

قال : (**فلو تلف في يد المرتهن . . فلا ضمان**) أي : عليه ؛ لأن يده يد أمانة ، وهل يضمنه الراهن؟ ينبني علىٰ أنه عارية أو ضمان ، إن قلنا : عارية . . غرمنا الراهن ، وإن قلنا : ضمان . . فلا ، أما إذا تلف في يد الراهن . . فالمذهب : الضمان ؛ لأنه مستعير .

قال : (**ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن**) ؛ إذ لو رجع . . لما حصلت فائدة الرهن ، ولم يكن به توثق ، وهـٰذا علىٰ قول الضمان قطعاً ، وكذا علىٰ قول العارية على الأصح .

قال : (**وإذا حل الدين أو كان حالاً . . روجع المالك للبيع**) كما لو رهنه المالك .

قال : (**ويباع إن لم يقض الدين**) أي : إن لم يوفه واحد منهما . . بيع على القولين موسراً كان الراهن أو معسراً ، كما يطالب الضامن في الذمة مع وجود الأصيل .

قال : (**ثم يرجع المالك بما بيع به**) أي : علىٰ قول الضمان سواء بيع بالقيمة أم بأكثر أم بأقل بقدر يتغابن به ، أما علىٰ قول العارية ، فإن بيع بالقيمة أو بأقل . . رجع بالقيمة ، أو بأكثر . . رجع بالقيمة عند الجمهور .

فَصْلٌ :

شَرْطُ ٱلْمَرْهُونِ بِهِ : كَوْنُهُ دَيْناً . . . .

وقيل : بما بيع به ، واستحسنه الرافعي ، وصوبه المصنف ، فيستثنىٰ من قوله : (بما بيع به) إذا بيع بأقل علىٰ قول العارية .

تتمة :

لو قضى المالك الدين من مال نفسه . . انفك الرهن ، ورجوعه بما أداه يتعلق بكونه أداه بإذن الراهن أو بدونه ، وسيأتي في (الضمان) .

فإن اختلفا في الإذن . . فالمصدق الراهن .

ولو رهن عبده بدين غيره دون إذن . . جاز ، فإن بيع به . . فلا رجوع .

وقال ابن الصلاح : لو كان مؤجلاً فمات الراهن . . لا يحل الدين ، بخلاف ما إذا ضمن الدين في ذمته[١] .

قال(**فصل :**

شرط المرهون به : كونه ديناً) فلا يصح الرهن بالأعيان سواء كانت مضمونة أم لا ؛ لأنه يستحيل استيفاء العين من المرهون ، ولا فرق في الدين بين الأموال والمنافع المستحقة بالإجارة الواردة على الذمة ، فإن وردت على العين . . لم يصح الرهن بها ؛ لفوات الدين ، ومن هٰذا يؤخذ البطلان فيما جرت العادة به من أخذ رهن علىٰ عارية الكتب الموقوفة وغيرها ، كما صرح به الماوردي وغيره[٢] .

لٰكن أفتى القفال بلزوم اشتراط ذلك وجعله شرطاً معتبراً[٣] ، وقياسه : أن يجوز ضمانه ، وفائدة ذلك في حالة التعدي أو التفريط ، أما إذا تلف من غير تقصير . . فلا ضمان عليه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

ثَابِتاً لاَزِماً ، فَلاَ يَصِحُّ بِٱلْعَيْنِ ٱلْمَغْصُوبَةِ وَٱلْمُسْتَعَارَةِ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

قال : (**ثابتاً**) فلا يصح الرهن بما لم يثبت سواء جرىٰ سبب وجوبه ، كنفقة الغد ، أو لا ، كما إذا رهنه علىٰ ما سيقرضه غداً ؛ لأن الرهن وثيقة بحق فلا يقدم على الحق كالشهادة .

قال : (**لازماً**) فلا يصح بغير اللازم كمال الكتابة ؛ لأنه لا فائدة في الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاط الدين .

فإن قيل : كان يستغني باللازم عن الثابت ؛ لأن كل لازم ثابت ولا ينعكس . .
فالجواب : أنه لا يستغنىٰ بذلك ؛ لأن اللزوم وعدمه صفة للدين نفسه ، كما تقول : دين الكتابة غير لازم وثمن المبيع بعد انقضاء الخيار لازم ، والثبوت يستدعي الوجود في الحال ، فلا يصدق قبل حصول سببه . وبهـٰذا يتبين : أن الثبوت واللزوم ينفك كل منهما عن الآخر ، وقد يجتمعان ، فلهـٰذا لا بد من ذكرهما .

وبقي عليه قيد رابع : أن يكون معلوماً لكل منهما ؛ لأن العلم بقدر الدين وصفته شرط في الرهن كما هو شرط في الضمان ونص « الأم » يشهد له ، وبه جزم ابن عبدان وصاحب « الإستقصاء »[1] .

وخامس : أن يمكن استيفاؤه من عين الرهن ، واحترز به عن العمل في الإجارة إذا اشترط أن يعمل بنفسه ؛ فإنه كالعين لا يجوز الرهن به ، أما على العمل الذي في الذمة . . فيجوز على المذهب .

قال : (**فلا يصح بالعين المغصوبة والمستعارة في الأصح**)[2] ؛ لأنه إن رهن بقيمتها إذا تلفت . . كانت رهناً قبل ثبوت الدين ، وإن رهن علىٰ عينها . . لم يمكن استيفاء العين من الرهن .

ولو قال : بالعين المضمونة . . كان أشمل ؛ ليدخل المستام ، والمأخوذ ببيع فاسد ، والمبيع ، والصداق قبل القبض ، وسائر الأعيان المضمونة في ذلك سواء .

والوجه الثاني ـ وهو مذهب أبي حنيفة ـ : يصح الرهن بكل عين مضمونة كما يصح

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ بِمَا سَيُقْرِضُهُ . وَلَوْ قَالَ : أَقْرَضْتُكَ هَـٰذِهِ ٱلدَّرَاهِمَ وَٱرْتَهَنْتُ بِهَا عَبْدَكَ ، فَقَالَ : ٱقْتَرَضْتُ وَرَهَنْتُ ، أَوْ قَالَ : بِعْتُكَهُ بِكَذَا وَٱرْتَهَنْتُ ٱلثَّوْبَ بِهِ ، فَقَالَ : ٱشْتَرَيْتُ وَرَهَنْتُ . . صَحَّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ يَصِحُّ بِنُجُومِ ٱلْكِتَابَةِ ، . . . .

ضمانها ، وكان الصواب : التعبير بـ(الصحيح) ؛ فإن الخلاف ضعيف جداً .

قال : (**ولا بما سيقرضه**) وكذلك بما سيبيعه ؛ لعدم الثبوت ، لأن الرهن يتبع الدين فلا يصح قبله .

وملخص ما في المسألة أربعة أوجه :

أصحها : البطلان .

والثاني : صحته بعد ثبوت الدين .

والثالث : صحته الآن .

والرابع : إن لم يتفرقا حتىٰ يتبايعا أو حتىٰ أقرضه . . صح الرهن ؛ إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقارن للإيجاب والقبول ، ولا خلاف أنه لو قال : إن أقرضتني ألفاً فهـٰذا رهن . . لم يصح .

قال : (**ولو قال : أقرضتك هـٰذه الدراهم وارتهنت بها عبدك ، فقال : اقترضت ورهنت ، أو قال : بعتكه بكذا وارتهنت الثوب به ، فقال : اشتريت ورهنت . . صح في الأصح**) ؛ للحاجة إلىٰ عقده مع العقد على الدين ؛ لأنه قد يشترطه فلا يفي به .

قال القاضي : فيقدر وجود الثمن وانعقاد الرهن عقبه ، كما لو قال : أعتق عبدك عني علىٰ كذا ؛ فإنه يقدر الملك له ثم يعتق عليه ، لاقتضاء العتق تقدم الملك .

والثاني ـ وإليه ذهب أبو حنيفة ومالك ـ : لا يصح ، وهو القياس ؛ لتقدم أحد شقي الرهن قبل ثبوت الدين .

وهـٰذا الترتيب الذي أشار إليه ـ وهو تقدم الخطاب بالبيع أو القرض على الخطاب بالرهن ـ شرط فيه ، فلو قال : ارتهنت وبعت ، وقال المشتري : رهنت واشتريت . . لم يصح .

قال : (**ولا يصح بنجوم الكتابة**) ؛ لأنها غير لازمة ، ولا تؤول إلى اللزوم ؛ لأن

وَلاَ بِجُعْلِ ٱلْجَعَالَةِ قَبْلَ ٱلْفَرَاغِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ بَعْدَ ٱلشُّرُوعِ . وَيَجُوزُ بِٱلثَّمَنِ فِي مُدَّةِ ٱلْخِيَارِ ، وَبِٱلدَّيْنِ رَهْنٌ بَعْدَ رَهْنٍ . وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَهُ ٱلْمَرْهُونَ عِنْدَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ فِي ٱلْجَدِيدِ . . . .

المكاتب قد يعجز نفسه فتبطل الوثيقة ، وحكى الروياني وجهاً : أنه يجوز أخذ الرهن عن دين المكاتب ، وهو غريب .

قال : (**ولا بجعل الجعالة قبل الفراغ**) ؛ لأن العمل غير لازم .

قال : (**وقيل : يجوز بعد الشروع**) ؛ لأنه جرىٰ سبب وجوبه فتجتمع ثلاثة أوجه : ثالثها : يصح بعد الشروع لا قبله .

وصورة المسألة : أن يقول : من رد عبدي . . فله دينار ، فقال رجل : ائتني برهن وأنا أرده ، ومثله : إن رددته . . فلك دينار وهـٰذا رهن به .

قال : (**ويجوز بالثمن في مدة الخيار**) ؛ لقربه من اللزوم .

قال : (**وبالدين رهن بعد رهن**) أي : ويجوز إنشاء رهن بعد رهن بالدين الواحد ؛ لأنه زيادة في الوثيقة ، فهو كما لو رهنهما معاً به ؛ فهي زيادة في قدر المرهون .

قال : (**ولا يجوز أن يرهنه المرهون عنده بدين آخر في الجديد**) ولو وفىٰ بالدينين ، كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن .

والقديم ـ ونقل عن الجديد أيضاً ، واختاره المزني وأبو ثور وابن أبي عصرون ـ : يجوز كما يجوز على الرهن بدين واحد .

والفرق على الأول : أن الرهن مشغول بالدين بخلاف الدين ، فالزيادة في الرهن شغل فارغ ؛ فصح ، والزيادة في الدين شغل مشغول ، فلا يصح .

وإذا قلنا بالقديم فكان أحد الدينين دراهم والآخر دنانير . . فوجهان في « الإستقصاء » : أقيسهما : الجواز .

واحترز المصنف عن رهنه عند غيره ؛ فإنه لا يجوز قطعاً .

ويستثنىٰ من ذلك : ما لو جنى العبد المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون

وَلاَ يَلْزَمُ إِلاَّ بِقَبْضِهِ مِمَّنْ يَصِحُّ عَقْدُهُ . وَتَجْرِي فِيهِ ٱلنِّيَابَةُ لَـٰكِنْ لاَ يَسْتَنِيبُ ٱلرَّاهِنَ ، . . . .

مرهوناً بالدين والفداء ، فأصح الطريقين : القطع بالجواز ؛ لأنه تعلق بالرقبة ما كان متعلقاً بها وفيه مصلحة الوثيقة ، ولأنه بالجناية صار الرهن جائزاً ، ويجري الطريقان : فيما لو أنفق المرتهن بإذن الراهن ليكون مرهوناً بهما .

وقوله : (المرهون عنده) منصوب علىٰ أنه أحد مفعولي (يرهن) .

قال : (**ولا يلزم إلا بقبضه**) ؛ لأنه عقد إرفاق يحتاج إلى القبول فلا يلزم إلا بالقبض كالبيع والقرض ، ولقوله تعالىٰ : ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ .

وجه الدلالة : أنه وصف الرهن بالقبض ، فوجب أن يكون شرطاً في صحته كوصف الرقبة بالإيمان ، وبقولنا قال أبو حنيفة .

وقال مالك : يلزم الرهن بنفس العقد ، وبه قال أحمد إلا في المكيلات والموزونات .

وكون الرهن يلزم بالقبض هـٰذا من جهة الراهن ، أما المرتهن . . فلا يلزم في حقه بحال ، فهو لازم من طرف ، جائز من طرف كالكتابة .

والمراد بـ(قبضه) : القبض المعهود في البيع ، لـٰكن لنا صورة يلزم فيها الرهن بقبض المرتهن ، ومع ذلك له[1] التوصل إلىٰ نقض لزومه ، وهو إذا كان مشروطاً في بيع شرط فيه الخيار للراهن ؛ فإنه متى اختار الفسخ . . انفسخ لزوم الرهن .

قال : (**ممن يصح عقده**) أي : يشترط في القابض للرهن أن يكون ممن يصح عقده عليه ، فلا يصح ممن لا يصح منه الرهن كالمجنون والصبي ، ولا يصح القبض إلا بإذن الراهن ، فلو أذن له فجن أو أغمي عليه . . لم يجز أن يقبضه وإن كان الرهن باقياً بحاله على المذهب .

قال : (**وتجري فيه النيابة**) أي : من الطرفين ؛ قياساً علىٰ عقد الرهن .

قال : (**لـٰكن لا يستنيب الراهن**) ؛ لئلا يؤدي إلى اتحاد القابض والمقبض ، فلو

---

(١) في هامش (ك) : (أي : للراهن) .

وَلاَ عَبْدَهُ ، وَفِي ٱلْمَأْذُونِ لَهُ وَجْهٌ ، وَيَسْتَنِيبُ مُكَاتَبَهُ . وَلَوْ رَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَ مُودَعٍ أَوْ مَغْصُوباً عِنْدَ غَاصِبٍ . . لَمْ يَلْزَمْ مَا لَمْ يَمْضِ زَمَنُ إِمْكَانِ قَبْضِهِ ، وَٱلأَظْهَرُ : ٱشْتِرَاطُ إِذْنِهِ فِي قَبْضِهِ ، . . . .

كان الراهن وكيلاً في الرهن فقط فوكله المرتهن في القبض من المالك . . فعبارة المصنف تقتضي المنع ، والمعروف : الجواز[١] ؛ لانتفاء ما سلف ، وهي واردة علىٰ إطلاقه .

قال : (**ولا عبده**) أي : عبد الراهن ، قناً كان أو مدبراً أو مأذوناً له أو أم ولد ؛ لأن يدهم كيده .

قال : (**وفي المأذون له وجه**) ؛ لانفراده باليد والتصرف .

وفي وجه ثالث : إن كان قد ركبته الديون . . صحت استنابته ، وإلا . . فلا[٢] .

قال : (**ويستنيب مكاتبه**) ؛ لأنه معه كالأجنبي ، والظاهر : أن المبعض كالمكاتب ، وينبغي اعتبار زمن الاستنابة[٣] ، فإن وافق نوبته . . صح ، أو نوبة سيده . . فلا .

قال : (**ولو رهن وديعة عند مودع أو مغصوباً عند غاصب . . لم يلزم ما لم يمض زمن إمكان قبضه**) ؛ لأن القبض لا يحصل إلا بالاستيفاء أو التمكن منه كالإجارة ، ولا يشترط ذهابه إليه علىٰ ما صححه البغوي والرافعي .

وقيل : يشترط ، وصححه الأكثرون .

وقيل : إن أخبره ثقة ببقائه . . لم يجب ، وإلا . . وجب .

وعن حرملة : أنه لا يحتاج إلىٰ مضي زمان ، ورد الأصحاب هـٰذا النقل عليه .

قال : (**والأظهر : اشتراط إذنه في قبضه**) ؛ لأن اليد كانت عن غير جهة الرهن ، ولم يقع تعرض للقبض بحكم الرهن .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (لأنه صار كالمكاتب في لزوم المال ذمته) .

(٣) في هامش (ك) : (هو المعتمد) .

والثاني : لا يشترط ؛ لأن العقد مع صاحب اليد يتضمن الإذن .

قال : (**ولا يبرئه ارتهانه عن الغصب**) ؛ لأن الدوام أقوىٰ من الابتداء ، ودوام الرهن لا يمنع الضمان بالتعدي في المرهون ويبقى الرهن بحاله فلأن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان أولىٰ ، بخلاف البيع ؛ فإنه يزيل الملك .

وقال الأئمة الثلاثة والمزني : يبرأ بالارتهان ، وإذا أراد المرتهن البراءة . . فطريقه أن يرده إلى الراهن ثم يسترده بحكم الرهن ، فلو امتنع الراهن من أخذه . . ففي إجباره وجهان[١] .

وعلى المذهب : لا تبرئه إجارة وتوكيل وقراض وتزويج .

ورهن العارية والمستام والمقبوض بالشراء الفاسد عند صاحب اليد كرهن المغصوب ، فلا يختص الحكم بالارتهان ولا بالغصب .

ولو صرح بإبراء الغاصب عن ضمان الغصب والمال باق في يده . . ففي براءته ومصير يده أمانة وجهان : أصحهما عند الرافعي : لا يبرأ[٢] ، وصحح المصنف : أنه يبرأ[٣] .

فرع :

يجوز اجتماع الرهن والإجارة عندنا ، فلو عقد علىٰ عين رهناً وإجارة وأذن له في القبض . . صارت مقبوضة عنهما ، وكذا إن أذن في القبض عن الرهن فقط ؛ لأن قبض الإجارة مستحق لا يفتقر إلىٰ إذن ، وإن أذن في القبض عن الإجارة فقط . . لم يصر مقبوضاً عن الرهن .

---

(١) في هامش(ك) : (أصحهما : إجباره) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش(ك) : (عبارة« الروضة »[٤/٦٨] : قلت : قطع صاحب « الحاوي » بأنه لا يبرأ ، وصححه البغوي ، قال صاحب « الشامل » و« المهذب » : هو ظاهر النص . فعلم أن ما نقله الشارح عن المصنف سبقُ قلم منه) .

وَيُبْرِئُهُ ٱلإِيدَاعُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَحْصُلُ ٱلرُّجُوعُ عَنِ ٱلرَّهْنِ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ بِتَصَرُّفٍ يُزِيلُ ٱلْمِلْكَ كَهِبَةٍ مَقْبُوضَةٍ وَبِرَهْنٍ مَقْبُوضٍ وَكِتَابَةٍ وَكَذَا تَدْبِيرُهُ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَبِإِحْبَالِهَا ، لاَ وَطْءٍ وَتَزْوِيجٍ . وَلَوْ مَاتَ ٱلْعَاقِدُ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ أَوْ جُنَّ أَوْ تَخَمَّرَ ٱلْعَصِيرُ أَوْ أَبَقَ ٱلْعَبْدُ . . لَمْ يَبْطُلِ ٱلرَّهْنُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ويبرئه الإيداع في الأصح**) ؛ لأن مقصود الإيداع : الائتمان ، والضمان والأمانة لا يجتمعان .

قال : (**ويحصل الرجوع عن الرهن قبل القبض بتصرف يزيل الملك كهبة مقبوضة**) ؛ لزوال محل الرهن .

قال : (**وبرهن مقبوض**) ؛ لتعلق حق الغير ، وإنما أتىٰ بحرف الجر ؛ ليخرجه عن أن يكون من أمثلة ما يزيل الملك .

وتقييد الكتاب و« الروضة » و« أصليهما » الرهن والهبة بالقبض يقتضي : أنهما قبل القبض ليسا رجوعاً ، والنص : أنه رجوع[1] ، وعلىٰ تخريج الربيع : لا يكون رجوعاً .

قال : (**وكتابة**) ؛لتعلق حق الغير .

قال : (**وكذا تدبيره في الأظهر**) ؛ لأن مقصود التدبير العتق وهو ينافي الرهن .

والثاني ـ وهو مخرج ـ: لا ؛ لأن الرجوع عن التدبير ممكن ، وتعليق العتق كالتدبير .

ولو أجره إلىٰ مدة تنقضي قبل الحلول . . لم يكن رجوعاً ، أو بعده ، فإن جوزنا بيع المستأجر . . فليس برجوع ، وإلا . . فرجوع في الأصح .

قال : (**وبإحبالها**) ؛ لامتناع بيعها .

قال : (**لا وطء وتزويج**) ؛ لعدم منافاتها للرهن ، سواء كان المزوج عبداً أو أمة .

قال : (**ولو مات العاقد قبل القبض أو جن أو تخمر العصير أو أبق العبد . . لم يبطل الرهن في الأصح**) أما في الموت . . فلأنه عقد مصيره إلى اللزوم فلا يتأثر بالموت .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ ٱلْمُقْبِضِ تَصَرُّفٌ يُزِيلُ ٱلْمِلْكَ ـ لَـٰكِنْ فِي إِعْتَاقِهِ أَقْوَالٌ ، أَظْهَرُهَا : يَنْفُذُ مِنَ ٱلْمُوسِرِ . . . .

والثاني : ينفسخ ؛ لأنه عقد جائز كالوكالة .

وأما إذا جن أحد المتعاقدين أو أغمي عليه . . فذلك مرتب علىٰ موته ، فإن قلنا : لا ينفسخ بالموت . . فهنا أولىٰ أن لا ينفسخ ، وإن قلنا : ينفسخ به . . فهٰهنا وجهان .

ولو طرأ علىٰ أحدهما حجر سفه أو فلس . . فكالجنون .

والعصير إذا تخمر قبل القبض . . الصحيح : لا يبطل كما بعد القبض .

والثاني : يبطل ؛ لضعف الرهن وعدم لزومه ، فإن تخمر بعد قبضه . . فالصحيح : بطلان الرهن ؛ لخروجه عن المالية .

وقيل : إن عاد . . بان أن الرهن لم يبطل[1] .

وإباق العبد المرهون قبل القبض كذلك ؛ لأنه باق علىٰ ملك المالك فلم يبطل الرهن .

وقيل : يبطل ؛ لأنه عاد إلىٰ حالة تمنع ابتداء الرهن .

ولو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها . . لم يعد رهناً على الأصح ؛ لأن ماليته بالمعالجة بخلاف الخل .

قال : (**وليس للراهن المقبض تصرف يزيل الملك**) ؛ لأنه لو جاز . . لبطل معنى التوثق .

هـٰذا إذا لم يكن التصرف معه أو بإذنه ، فإن كان كذلك . . فسيأتي .

ملغزة :

لنا مرهون : يباع بغير إذن المرهون عنده جزماً ، وهو المستعار ليرهن إذا بيع من الراهن الذي استعاره ؛ فإنه يصح بغير إذن المرهون عنده جزماً ؛ لعدم تفويت الوثيقة في ذلك .

قال : (**لـٰكن في إعتاقه أقوال ، أظهرها : ينفذ من الموسر**) ؛ لأنه عتق في ملكه

---

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا كله تفريع على الثاني) .

يبطل به حق غيره فاختلف فيه الموسر والمعسر ، كالعتق في العبد المشترك ، وبه قال مالك .

والثاني : ينفذ مطلقاً ؛ لأنه مالكه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد .

والثالث : لا ينفذ مطلقاً ؛ لأجل الحجر ، وبه قال عطاء .

ومحل الأقوال : ما إذا لم يعتقه عن كفارة غيره ، فإذا أعتقه عنها . . لم يصح ، كذا قاله في « الروضة » ، ولا يرد ؛ لأنه بيع ضمني .

واحترز بقوله : (في إعتاقه) عن الحكم بإعتاقه لا بإعتاق الراهن له بل بالسراية ، كما إذا رهن نصف عبد ثم أعتق الآخر أو أطلق . . فالأصح : أنه يعتق ويسري إلى النصف المرهون ، لكن يشترط اليسار على الأصح .

وقوله : (ينفذ) بضم الفاء وبالذال المعجمة .

أما إذا أضاف العتق إلى النصف المرهون . . ففيه الأقوال الثلاثة في عتق الراهن ، ومسألة عتق الراهن هي التي بحث فيها الشافعي مع فتيان فكانت سبب موته شهيداً رضي الله عنه .

ووقف المرهون باطل على المذهب ، وقيل : على الأقوال .

قال : (**ويغرم قيمته**) أي : إذا نفذ من الموسر . . غرم القيمة ؛ جبراً لحق المرتهن .

قال : (**يوم عتقه**) ؛ لأنه وقت الإتلاف والأكثرون قطعوا بأنه يعتق بنفس اللفظ .

وقيل : بدفع القيمة .

وقيل : موقوف ، إن دفع . . حكمنا بأنه عتق من حين الإعتاق ، وإن لم يدفع . . حكمنا بأنه لم يعتق حالة الإعتاق .

قال : (**رهناً**) أي : من غير إنشاء عقد لذلك ؛ لقيامها مقام الرهن ، وعبارة الكتاب أحسن من قول « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » و« التنبيه » : ويجعل رهناً مكانه ، وهل يوصف بالرهن قبل الغرم وهي في ذمة المعتق؟ يظهر : أن يكون كالأرش في ذمة الجاني ، والأرجح فيه : أنه مرهون .

فَإِنْ لَمْ نُنْفِذْهُ فَٱنْفَكَّ . . لَمْ يَنْفُذْ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِصِفَةٍ فَوُجِدَتْ وَهُوَ رَهْنٌ . . فَكَٱلْإِعْتَاقِ ، أَوْ بَعْدَهُ . . نَفَذَ عَلَى ٱلصَّحِيحِ ـ وَلاَ رَهْنُهُ لِغَيْرِهِ ، وَلاَ ٱلتَّزْوِيجُ ، . .

قال : (**فإن لم ننفذه فانفك . . لم ينفذ في الأصح**) ؛ لأنه أعتق في حال لا ينفذ فيها إعتاقه ، فأشبه ما لو أعتق المحجور عليه بسفه ثم زال حجره .

والثاني : ينفذ ؛ لزوال المانع ، وكان الصواب : التعبير بالأظهر ؛ لأنهما قولان منصوصان .

قال : (**ولو علقه بصفة**) أي : علق الراهن العتق بصفة (**فوجدت وهو رهن . . فكالإعتاق**) فتأتي فيه الأقوال ؛ لأن التعليق مع الصفة كالتنجيز ، والمراد : أنه علقه بعد الرهن ، أما لو علق قبله . . فقد سبق في الكتاب تصحيح بطلان الرهن .

قال : (**أو بعده . . نفذ على الصحيح**) ؛ لأنه لا يبطل حق المرتهن .

والثاني : لا ينفذ ؛ إبطالاً للتعليق مطلقاً .

والوجهان كالوجهين فيما إذا قال العبد : إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثاً ، ثم عتق ، ثم فعله . . تقع الطلقة الثالثة في الأصح .

هـٰذا إذا لم توجد الصفة إلا بعد الفكاك ، فلو وجدت أيضاً وهو رهن ولم يحكم بالعتق بالإعسار . . فإن اليمين تنحل فلا يعتق بوجودها بعده .

فرع :

المبعض إذا كان له علىٰ سيده دين فرهن عنده نصفه . . صح ، ولا يجوز إعتاقه إلا بإذنه[1] كالمرتهن الأجنبي .

قال : (**ولا رهنه لغيره**) ؛ لمزاحمة حق الأول فيفوت مقصود الرهن ، أما رهنه منه . . فقد تقدم .

قال : (**ولا التزويج**) عبداً كان أو أمة ؛ لما فيه من تنقيص القيمة خلية كانت عند الرهن أو مزوجة ، وسواء زوجها لزوجها الأول أم لغيره .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : وهو معسر كما يدل عليه تشبيهه بالأجنبي) .

وَلاَ ٱلْإِجَارَةُ إِنْ كَانَ ٱلدَّيْنُ حَالاً أَوْ يَحِلُّ قَبْلَهَا ، وَلاَ ٱلْوَطْءُ ، فَإِنْ وَطِىءَ . . فَٱلْوَلَدُ حُرٌّ . . . .

وتجوز الرجعة ؛ لقدم حق الزوج وتقديمه علىٰ حق السيد .

ولو قلنا : إن الرجعة ابتداء نكاح ، فإن خالف فزوج العبد أو الأمة المرهونين . . فالنكاح باطل ؛ لأنه ممنوع منه قياساً على البيع .

وقال أبو حنيفة : يجوز التزويج .

قال : (**ولا الإجارة إن كان الدين حالاً أو يحل قبلها**) ؛ لأن الرغبة فيها تقل وتنقص قيمتها بذلك .

هـٰذا إذا أجرها لغيره بغير إذنه ، فإن أجرها له أو بإذنه . . صح واستمر الرهن .

واحترز بذلك عما إذا حل بعدها أو معها ، والأصح : الصحة ، وقيل : تصح مطلقاً ، وقيل : تبطل في الزائد ، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة ، وبهـٰذا جزم الماوردي ، واختاره الشيخ .

ووقع في « الشرحين » و« الروضة » التعبير عن هـٰذا الوجه بالعكس ، وهو خلاف الصواب ، وشرط جواز الإجارة : أن يكون المستأجر عدلاً ، وكذلك الإعارة أيضاً .

قال : (**ولا الوطء**) صغيرة كانت أم كبيرة ، بكراً أم ثيباً ، عزل أم لا ؛ لأن البكر تنقص قيمتها بالافتضاض ، والثيب قد تموت من الطلق ، وإذا عزل . . فقد يسبق الماء .

وفي وجه ضعيف : يجوز الوطء إن أمن الحبل كالصغيرة والآيسة والحامل من الزنا .

وقال ابن أبي عصرون : إذا كانت دون تسع سنين . . فلا منع مطلقاً .

قال : (**فإن وطىء . . فالولد حر**) بلا خلاف ؛ لأنها علقت به في ملكه ، ولا قيمة عليه ؛ لأن المرتهن لا حق له في ولد المرهونة بحال ولا حد عليه ، لـٰكن يعزر لوطئه وإن لم تحبل ، ولا يجب عليه حد ولا مهر ، لـٰكن عليه أرش البكارة إذا كانت بكراً وتكون رهناً ، فإن أفضاها . . وجب عليه قيمتها ، ثم يتخير الراهن في ذلك ، فإن شاء . . جعله له رهناً ، وإن شاء . . صرفه إلىٰ قضاء الدين .

وَفِي نُفُوذِ ٱلِاسْتِيلَادِ أَقْوَالُ ٱلإِعْتَاقِ ، فَإِنْ لَمْ نُنْفِذْهُ فَٱنْفَكَّ . . نَفَذَ فِي ٱلأَصَحِّ . فَلَوْ مَاتَتْ بِٱلْوِلاَدَةِ . . غَرِمَ قِيمَتَهَا رَهْناً فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**وفي نفوذ الاستيلاد أقوال الإعتاق**) بل هو أولىٰ بالنفوذ عند الأكثرين ؛ لأن إحبال المجنون والسفيه نافذ وإعتاقهما لا ينفذ ، وكذا إحبال الأب جارية ابنه نافذ .

قال : (**فإن لم ننفذه فانفك . . نفذ في الأصح**) وهـٰذا بخلاف العتق ؛ لما تقدم من قوة الإحبال .

وقيل : هو كما لو بيعت ثم ملكها ، وقد قال فيما لو بيعت ثم عادت إلى ملكه . . نفذ الاستيلاد في الأظهر ، لـٰكن كان ينبغي له أن يقول : نفذ على المذهب ، كما قاله في « الروضة » .

قال : (**فلو ماتت بالولادة . . غرم قيمتها رهنا في الأصح**) ؛ لأنها هلكت بسبب تعديه .

والثاني : لا تجب عليه القيمة ؛ لأن إضافة الهلاك إلى الوطء بعيدة ، وإضافته إلىٰ شدة الطلق أقرب .

وقوله : (رهناً) أي : من غير إنشاء رهن ، ولا يبعد إجراء وجه فيه ، والخلاف جار : فيما لو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة ، والأصح : الوجوب .

ولو كانت حرة . . لم تجب الدية على الأصح ؛ لأن الوطء سبب ضعيف والحر لا يدخل تحت اليد ، وحيث أوجبنا القيمة . . فالأصح : قيمة يوم الإحبال ؛ لأنه سبب التلف .

والثاني : قيمة يوم الموت .

والثالث : أقصى القيم من الإحبال إلى الموت .

ومع قولنا : لا يثبت الاستيلاد . . لا تباع وهي حامل ؛ لأنها حامل بحر ، ولا بعد الولادة حتىٰ تسقي ولدها اللبأ ، وإذا سقته ولم يوجد من ترضعه . . لم تبع حتىٰ توجد غيرها ؛ خوفاً من أن يهلك الولد .

وَلَهُ كُلُّ ٱنْتِفَاعٍ لاَ يَنْقُصُهُ كَٱلرُّكُوبِ وَٱلسُّكْنَىٰ ، لاَ ٱلْبِنَاءُ وَٱلْغِرَاسُ ، فَإِنْ فَعَلَ . . لَمْ يَقْلَعْ قَبْلَ ٱلأَجَلِ ، وَبَعْدَهُ يَقْلَعُ إِنْ لَمْ تَفِ ٱلأَرْضُ بِٱلدَّيْنِ وَزَادَتْ بِهِ ، ثُمَّ إِنْ أَمْكَنَ ٱلاِنْتِفَاعُ بِغَيْرِ ٱسْتِرْدَادٍ . . لَمْ يَسْتَرِدَّ ، . . . .

قال : (**وله**) أي : للراهن (**كل انتفاع لا ينقصه كالركوب والسكنىٰ**) ؛ لما روى الدارقطني [٣/٣٤] والحاكم [٢/٥٨] والبيهقي [٦/٣٨] عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الرهن مركوب ومحلوب » .

وفي « البخاري » [٢٥١٢] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » .

وقوله : (ينقصه) الأفصح فيه التخفيف علىٰ وزن : أكله يأكله ، قال تعالىٰ : ﴿ ثُمَّ لَمْ يَنقُصُوكُمْ شَيْئًا ﴾ ، وكذا ضبطه المصنف بخطه .

قال : (**لا البناء والغراس**) ؛ لنقص قيمة الأرض بهما .

وفي وجه في « النهاية » : يجوز إذا كان الدين مؤجلاً .

قال : (**فإن فعل . . لم يقلع قبل الأجل**) ؛ لأنه قد يقضي الدين من غير الأرض .

وقيل : يقلع ؛ لأنه وضع غير مستحق ، وبه جزم الغزالي .

قال : (**وبعده**) أي : بعد حلول الأجل (**يقلع إن لم تف الأرض بالدين وزادت به**) أي : بالقلع ، ولم يأذن الراهن ، أي : في بيع الغراس مع الأرض ؛ لتعلق حق المرتهن بأرض فارغة ، فإن أذن في بيع الغراس . . لم يقلع ، ويباعان ويوزع الثمن عليهما ، ويحسب النقصان على الغراس .

وكذا لو حجر على الراهن بالفلس . . لم يقلع بحال ؛ لتعلق حق الغرماء بل يباعان ويوزع الثمن عليهما ، فما قابل الأرض . . اختص به المرتهن ، وما قابل الأشجار . . قسم بين الغرماء ، فإن نقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار . . حسب النقص على الشجر ؛ لأن حق المرتهن في الأرض فارغة .

قال : (**ثم إن أمكن الانتفاع بغير استرداد . . لم يسترد**) أي : من المرتهن ، كما

وَإِلاَّ . . فَيَسْتَرِدُّ ، وَيُشْهِدُ إِنِ ٱتَّهَمَهُ ، وَلَهُ بِإِذْنِ ٱلْمُرْتَهِنِ مَا مَنَعْنَاهُ . . . .

إذا رهن عبداً له صنعة يمكن أن يعملها عند المرتهن فأراد السيد أن يعملها عنده ، فإنه لا يمكن ؛ لأن اليد للمرتهن كما سيأتي .

قال : (**وإلا . . فيسترد**) ؛ للحاجة إلىٰ ذلك ، كما إذا رهن داراً أوعبداً لا يحسن إلا الخدمة ، أو كان يحسن الصنعة ولم يرد السيد إلا الاستخدام . . استخدمه نهاراً ويرده إلى المرتهن ليلاً ، ويكون ذلك في الوقت الذي جرت العادة بالراحة فيه كالأمة المزوجة .

وشرط جواز الاسترداد في الأمة : أن يؤمن غشيانها كمحرم ، أو كان ثقة وله أهل .

قال : (**ويشهد إن اتهمه**) فيشهد شاهدين : أنه أخذه للانتفاع ، فإن وثق به . . لم يكلف الإشهاد في الأصح ؛ لما فيه من المشقة .

فروع :

يجوز ختان العبد الصغير إن كان في وقت يندمل الجرح قبل حلول الدين ، وأما ختان الكبير . . فقال المتولي ونصر المقدسي وشيخه سليم وابن داوود : يجوز أيضاً ، وفي « التهذيب » : أنه لا يجوز ، وقال المصنف : إنه ظاهر النص ، وفيه نظر ، والمختار : الجواز .

وليس للراهن[1] المسافرة بالعين المرهونة بحال وإن قصر سفره ؛ لما فيه من الخطر ، ويمنع من زرع الأرض إن ضر ، وإلا ؛ فإن كان يحصد قبل محل الدين . . جاز ، وإن لم يحصد إلا بعده . . فقولان : أصحهما : المنع ؛ لقلة الرغبة في الأرض المزروعة .

قال : (**وله بإذن المرتهن ما منعناه**) فيحل الوطء ، ويصح التزويج والإعتاق وغيرها من الانتفاعات إذا أذن فيها ؛ لأن المنع كان لحقه وقد زال بإذنه .

---

(١) في النسخ : (للمرتهن) ، والتصويب من هامش (ت) : و« الروضة » .

وَلَهُ ٱلرُّجُوعُ قَبْلَ تَصَرُّفِ ٱلرَّاهِنِ ، فَإِنْ تَصَرَّفَ جَاهِلاً بِرُجُوعِهِ . . فَكَتَصَرُّفِ وَكِيلٍ جَهِلَ عَزْلَهُ . وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِهِ لِيُعَجِّلَ ٱلْمُؤَجَّلَ مِنْ ثَمَنِهِ . . لَمْ يَصِحَّ ٱلْبَيْعُ ، . . . .

ومقتضىٰ إطلاقه : جواز الرهن بالإذن ، ويجعل فسخاً للرهن السابق ، فإن كان كذلك . . فيشكل عليه ما سبق من منع رهنه عند المرتهن بدين آخر ؛ فإن ارتهانه يتضمن الرضا به ، فينبغي أن يصح ويكون فسخاً[1] ، وقد صرح الإمام وغيره بأن البيع وغيره من التصرفات مع المرتهن جائز ؛ لأنه في معنى الإذن[2] ، لـٰكن إذا ابتدأ الراهن بالإيجاب . . ففي الصحة تردد حكاه الإمام عن شيخه ؛ لأنه لم يكن إذ ذاك مأذوناً له فيه ، وحكىٰ فيه في « البسيط » وجهين .

قال : (**وله الرجوع قبل تصرف الراهن**) كما للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل ، وإذا رجع . . فالتصرف بعده تصرف بغير إذن .

نعم ؛ يستثنىٰ منه : ما إذا وهب ولم يقبض ، أو وطىء ولم تحبل . . فله الرجوع ؛ ليمتنع الوطء بعده .

وأفهمت عبارة المصنف : أنه إذا باع بشرط الخيار فرجع المرتهن . . لم يصح رجوعه ولم يبطل البيع ، وهو كذلك على الأصح .

قال : (**فإن تصرف جاهلاً برجوعه . . فكتصرف وكيل جهل عزله**) وفيه وجهان : الأصح : عدم النفوذ كما سيأتي في بابه .

قال : (**ولو أذن في بيعه ليعجل المؤجل من ثمنه . . لم يصح البيع**) المراد : إذا شرط ذلك لفظاً . . يفسد العقد ؛ لأنه شرط في الإذن شرطاً فاسداً فأبطله ، أما إذا قصده ولم ينطق به . . فلا يلتفت إليه ، فلو نطق به لا علىٰ صورة الشرط ، بل أتىٰ بما اقتضته عبارة المصنف فقال : أذنت لك في بيعه لتعجل المؤجل . . قال الشيخ : فالذي

---

(١) في هامش (ك) : (كذا قاله ابن النقيب . اهـ
ومنع جماعة كون الرضا بذلك يتضمن فسخ الرهن الأول ؛ لأنه قد يظن أو يعتقد صحة الرهن الثاني ، بخلاف الإذن في البيع ، وهـٰذا هو المعتمد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا لَوْ شَرَطَ رَهْنَ ٱلثَّمَنِ فِي ٱلأَظْهَرِ .

فَصْلٌ :

إِذَا لَزِمَ ٱلرَّهْنُ . . فَٱلْيَدُ فِيهِ لِلْمُرْتَهِنِ ، . . . .

يظهر : أن هذا ليس بشرط ولا يلتفت إليه أيضاً ، ويكون الإذن صحيحاً والبيع صحيحاً[1] ؛ لأنه ليس فيه إلا التصريح بقصده ، وأنه الحامل له على الإذن وذلك لا يقتضي اشتراطاً .

قال : (**وكذا لو شرط رهن الثمن في الأظهر**) أي : أذن في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه . . لم يصح ؛ لأن الثمن مجهول عند الإذن ، كذا علله الرافعي وغيره ، ومقتضىٰ هذه العلة : أن الثمن لو كان معلوماً . . صح[2] .

والثاني : يصح ؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل .

قال الشيخ : ومحل القولين : إذا كان الدين مؤجلاً سواء شرط كون الثمن رهناً أم جعله رهناً ، فلو كان حالاً وشرط كون ثمنه رهناً . . فيصح قطعاً ؛ لأنه زاد تأكيداً ، لأن ذلك حكمه إذا أطلق الإذن ، وفي المؤجل إذا أطلق الإذن . . بطل الرهن بالبيع .

تتمة :

يجري القولان : فيما إذا أذن له في الإعتاق بشرط جعل القيمة رهناً ، أو في الوطء بهذا الشرط إن أحبل ، وإذا اختلفا في الإذن بعد البيع فقال المرتهن : أذنت في البيع بشرط أن يرهن الثمن ، وقال الراهن : بل مطلقاً . . فالقول قول المرتهن بيمينه ، كما لو اختلفا في أصل الإذن .

قال : (**فصل :**

إذا لزم الرهن . . فاليد فيه للمرتهن) ؛ لأن الثقة بالتوثق إنما تحصل بجعله في يده ، لكن يستثنىٰ : ما لو رهن عبداً مسلماً ، أو مصحفاً من كافر ، أو سلاحاً من حربي . . فإنه يوضع عند عدل .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وليس كذلك) .

وَلاَ تُزَالُ إِلاَّ لِلاِنْتِفَاعِ كَمَا سَبَقَ . وَلَوْ شَرَطَا وَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلٍ . . جَازَ ، أَوْ عِنْدَ ٱثْنَيْنِ وَنَصَّا عَلَى ٱجْتِمَاعِهِمَا عَلَىٰ حِفْظِهِ أَوِ ٱلاِنْفِرَادِ بِهِ . . فَذَاكَ ، وَإِنْ أَطْلَقَا . . فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا ٱلاِنْفِرَادُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ مَاتَ ٱلْعَدْلُ أَوْ فُسِّقَ . . جَعَلاَهُ حَيْثُ يَتَّفِقَانِ ، وَإِنْ تَشَاحَّا . . وَضَعَهُ ٱلْحَاكِمُ عِنْدَ عَدْلٍ . . . .

ولو رهن جارية ، فإن كانت محرماً له أو طفلة ، أو كان المرتهن امرأة ، أو أجنبياً ثقة وعنده زوجة أو امرأة أو نسوة ثقات . . وضعت عنده ، وإلا . . فعند محرم لها أو امرأة ثقة أو عدل بالصفة المذكورة ، والخنثىٰ كالجارية لـٰكن لا يوضع عند امرأة .

قال : (**ولا تزال إلا للانتفاع كما سبق**) ؛ جمعاً بين الحقين .

قال : (**ولو شرطا وضعه عند عدل . . جاز**) ؛ لأن كلاً منهما قد لا يثق بالآخر ويثق بثالث ، وكما يتولى العدل الحفظ يتولى القبض أيضاً .

وعبارة « الشرحين » و« الروضة » : في يد ثالث ، وهو الصواب ؛ فإن الفاسق كالعدل في ذلك ، ولا يجوز له أن يسلمه لأحدهما إلا بإذن الآخر ، ولا إلىٰ ثالث بغير إذنهما ، فإن فعل . . ضمن ، ولو كانا غائبين وأراد السفر ولا وكيل لهما . . فحكم تسليمه إلىٰ حاكم حكم الوديعة .

قال : (**أو عند اثنين ونصا على اجتماعهما علىٰ حفظه أو الانفراد به . . فذاك**) أي : فيتبع الشرط .

قال : (**وإن أطلقا . . فليس لأحدهما الانفراد في الأصح**) ؛ لعدم الرضا بيد واحد .

والثاني : يجوز ؛ لما في الاجتماع على الحفظ من المشقة .

قال : (**ولو مات العدل أو فسق . . جعلاه حيث يتفقان ، وإن تشاحا . . وضعه الحاكم عند عدل**) ؛ قطعاً للمنازعة .

وكذا إن كان فاسقاً فزاد فسقه ، أو كان غير فاسق ولـٰكن تبين عجزه ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما .

وكذا لو اتفقا علىٰ إبقائه عنده وقد طرأ فسقه ، أو اتفقا علىٰ نقله عنه من غير تغير حال . . جاز .

وصورة التشاح قد تستشكل ؛ لأنه إن كان قبل القبض.. فالتسليم غير واجب وإجبار الحاكم إنما يكون في واجب ، وإن كان بعده.. فلا يجوز نزعه ممن هو في يده .

والجواب : أنها مصورة بما إذا وضعاه عنده ففسق أو مات ، كما هو ظاهر كلام المصنف .

فرع :

لو مات المرتهن أو تغير حاله والرهن عنده.. كان للراهن نقله إلىٰ آخر ، وليس عليه الرضا بيد وارثه وإن ساوىٰ مورثه في العدالة ، فيضعه الحاكم عند عدل .

وقيل : لا تزال يدهم ، بل يضم إليهم غيرهم إن طلبه الراهن .

قال : (**ويستحق بيع المرهون عند الحاجة**) ؛ لأن ذلك فائدة الرهن .

واستنبط ابن الرفعة من استحقاق البيع : أنه لا يجب على الراهن الوفاء من غير الرهن كما صرح به الإمام ، واستشكله الشيخ عز الدين في « مختصره » ؛ لما فيه من تأخير الحق الواجب على الفور بسبب الرهن ، ورده الشيخ عليه ، واختار : أنه يجب الوفاء إما من الرهن ، وإما من غيره إذا كان أسرع وطالب المرتهن به.. فإنه يجب ؛ تعجيلاً للوفاء[1] ، وكذلك يستحق بيع المرهون عند الإشراف على التلف قبل الحلول .

ووقع في « الفتاوىٰ » : أن رجلاً رهن داراً بدين عليه ، ثم غاب وله دار أخرىٰ غير مرهونة ، فادعى المرتهن على الغائب عند الحاكم وأثبت الدين والرهن ، وكانت كل من الدارين يمكن وفاء الدين من ثمنها ، فترك القاضي الدار المرهونة وباع التي ليست بمرهونة؟ .

فاختبط الفقهاء في ذلك :

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيُقَدَّمُ ٱلْمُرْتَهِنُ بِثَمَنِهِ ، وَيَبِيعُهُ ٱلرَّاهِنُ أَوْ وَكِيلُهُ بِإِذْنِ ٱلْمُرْتَهِنِ ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ . . قَالَ لَهُ ٱلْحَاكِمُ : تَأْذَنُ أَوْ تُبْرِىءُ . وَلَوْ طَلَبَ ٱلْمُرْتَهِنُ بَيْعَهُ فَأَبَى ٱلرَّاهِنُ . . أَلْزَمَهُ ٱلْقَاضِي قَضَاءَ ٱلدَّيْنِ أَوْ بَيْعَهُ ، فَإِنْ أَصَرَّ . . بَاعَهُ ٱلْحَاكِمُ . . . .

فمن قائل بالجواز ؛ لأن الواجب الوفاء من مال المديون ولا فرق في ذلك بين المرهون وغيره ، كما لو لم يكن بالدين رهن .

ومن قائل بعدم الجواز ؛ لأن بيع الرهن مستحق وبيع غيره غير مستحق ولا وجه لبيع غير المستحق مع إمكان بيع المستحق .

وأفتى الشيخ بأن للحاكم بيع ما يرىٰ بيعه من المرهون وغيره ؛ لأن له ولاية على الغائب فيفعل ما يراه مصلحة[1] .

وإن كان للغائب نقد حاضر من جنس الدين وطلب المرتهن . . فإنه يوفىٰ منه ويأخذ الرهن ، وكذلك إذا كان بيع الرهن أروج . . فإنه يباع دون غيره إذا لم يكن نقد حاضر وطلبه المشتري .

قال : (**ويقدم المرتهن بثمنه**) ؛ لأن حقه كان معلقاً به وبالذمة .

قال : (**ويبيعه الراهن**) ؛ لأنه المالك .

قال : (**أو وكيله**) ؛ لأنه قائم مقامه .

قال : (**بإذن المرتهن**) ؛ لاشتراكهما في الحق ، ووكيل المرتهن كالمرتهن .

قال : (**فإن لم يأذن**) وأراد الراهن بيعه (. . **قال له الحاكم : تأذن أو تبرىء**) ؛ دفعاً لضرر الراهن .

قال : (**ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن . . ألزمه القاضي قضاء الدين أو بيعه**) وذلك بالحبس ثم بالتعزير[2] .

وقال أبو حنيفة : لا يبيعه بل يحبسه إلىٰ أن يبيع .

قال : (**فإن أصر . . باعه الحاكم**) ؛ دفعاً للضرر ، فإن كان الراهن غائباً . . أثبت

---

(١) في هامش (ك) : (وهٰذا هو المعتمد) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ بَاعَهُ ٱلْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ ٱلرَّاهِنِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ بَاعَ بِحَضْرَتِهِ . . صَحَّ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . . . .

ذلك عند الحاكم ليبيعه ، فإن لم تكن بينة أو لم يكن حاكم . . فله بيعه بنفسه كمن ظفر بمال من له عليه دين وهو جاحد .

حادثة :

رجل رهن عيناً بدين مؤجل وغاب من له الدين ، فأحضر الراهن المبلغ إلى الحاكم وطلب منه قبضه ليفك الرهن . . هل له ذلك؟

أجاب الشيخ بأن له ذلك ويجب عليه(١) ؛ لما روى الشافعي [أم ٣/١٣٧] عن أنس رضي الله عنه : أنه كاتب غلاماً ، فأتى الغلام بالنجوم وأراد إقباضها ليعجل له العتق ، فامتنع أنس رضي الله عنه ، فأتى المكاتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكر له ذلك ، فأمره عمر رضي الله عنه بأخذها منه . وسيأتي نظير هـٰذا في (باب الكتابة) عن أبي سعيد المقبري(٢) .

قال : (**ولو باعه المرتهن بإذن الراهن . . فالأصح : أنه إن باع بحضرته . . صح ، وإلا . . فلا**) ؛ لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم في الاستعجال وعدم الاحتياط .

والثاني : يصح مطلقاً ، وبه قال الأئمة الثلاثة ، واختاره الشيخ ، كما لو أذن له في بيع غيره من أمواله .

والثالث : لا يصح مطلقاً ؛ لأنه توكيل فيما يتعلق بحق نفسه .

كل هـٰذا إذا لم يقدر الثمن ، فإن قدره ، فمن علل بالاستحقاق . . فالمنع مستمر ، ومن علل بالتهمة . . صح وهو الأصح ، ولو كان الدين مؤجلاً . . انتفى الأمران فيصح في حضرته وغيبته .

وحيث صححنا إذنه ، فإن قال : بعه لي . . صح ، وإن قال : بعه لنفسك . . لم

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

وَلَوْ شُرِطَ أَنْ يَبِيعَهُ ٱلْعَدْلُ . . جَازَ ، وَلاَ تُشْتَرَطُ مُرَاجَعَةُ ٱلرَّاهِنِ فِي ٱلأَصَحِّ . فَإِذَا بَاعَ . . فَٱلثَّمَنُ عِنْدَهُ مِنْ ضَمَانِ ٱلرَّاهِنِ حَتَّىٰ يَقْبِضَهُ ٱلْمُرْتَهِنُ . وَلَوْ تَلِفَ ثَمَنُهُ فِي يَدِ ٱلْعَدْلِ ثُمَّ ٱسْتُحِقَّ ٱلْمَرْهُونُ ، فَإِنْ شَاءَ ٱلْمُشْتَرِي . . . .

يصح في الأصح ، وإن أطلق . . فالأصح : الصحة[1] .

وإذن السيد للمجني عليه في بيع العبد الجاني ، وإذن الوارث للغرماء في بيع التركة كإذن الراهن للمرتهن .

قال : (**ولو شرط أن يبيعه العدل . . جاز**) أي : صح الشرط سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً .

فلو عزله الراهن . . انعزل ، أو المرتهن . . فلا في الأصح ؛ لأنه وكيل الراهن وإذن المرتهن شرط فيه .

قال : (**ولا تشترط مراجعة الراهن في الأصح**) ؛ استصحاباً لحكم الإذن الأول .

والثاني : يشترط ؛ لأنه قد يكون له غرض في استبقائه وقضاء الحق من غيره .

واحترز بـ(الراهن) عن المرتهن ؛ فإنه لا بد من مراجعته ، لأنه ربما أمهل أو أبرأ ، كذا جزم به العراقيون[2] .

وقال الإمام : لا خلاف أن المرتهن لا يراجع ؛ لأن غرضه توفية الحق ، بخلاف الراهن ؛ لما تقدم ، وبيَّن في « المهمات » تبعاً للشيخ : أنه لا تنافي بين الطريقين .

قال : (**فإذا باع . . فالثمن عنده من ضمان الراهن حتىٰ يقبضه المرتهن**) ؛ لأنه ملكه .

وقال أبو حنيفة ومالك : هو من ضمان المرتهن ، ولو ادعى العدل تلفه . . قُبل قوله كالمودع .

قال : (**ولو تلف ثمنه في يد العدل ثم استحق المرهون ، فإن شاء المشتري . .**

---

(١) في هامش(ك) : (فإن زاد بعه ثم استوفه لي أو لنفسك ، أو لي ثم لنفسك . . بطل ، أي : بالنسبة إلى استيفاء نفسه ، وأما بالنسبة للإذن . . فيصح) .

(٢) في هامش(ك) : (غير معتمد) .

رَجَعَ عَلَى ٱلْعَدْلِ ، وَإِنْ شَاءَ . . عَلَى ٱلرَّاهِنِ ، وَٱلْقَرَارُ عَلَيْهِ . وَلاَ يَبِيعُ ٱلْعَدْلُ إِلاَّ بِثَمَنِ مِثْلِهِ حَالاًّ مِنْ نَقْدِ بَلَدِهِ . . . .

رجع على العدل) ؛ لوضع يده (**وإن شاء . . على الراهن ، والقرار عليه)** ؛ لأنه ألجأ المشتري شرعاً إلى التسليم للعدل بحكم توكيله .

والمراد بـ(التلف في يد العدل) : أن يكون ذلك بغير تفريط ، فإن فرط . . اقتصر الضمان على العدل .

هـٰذا إذا لم يكن العدل مأذوناً له من جهة الحاكم لموت الراهن أو غيبته ، فإن كان . . فالأصح : أن المشتري يرجع على الراهن فقط إن كان حياً ، وإلا . . ففي تركته ، ولا يكون العدل طريقاً في الضمان ؛ لأنه نائب عن الحاكم ، فإن كان البائع الحاكم . . لم يطالب به قطعاً ابتداء ولا قراراً .

فرع :

انتهى الثمن إلىٰ يد الراهن وتلف في يده وخرج المبيع مستحقاً . . طالب المشتري الراهن قطعاً ، وأما الوكيل ، فإن لم يمر الثمن بيده . . لا مطالبة عليه ، وإن مر بيده . . فوجهان : أصحهما : يطالب والقرار على الراهن ، وهـٰذا الفرع كثيراً ما يلتبس على الحكام ، وسيأتي في (الوكالة) .

قال : (**ولا يبيع العدل إلا بثمن مثله حالاً من نقد بلده**) كالوكيل ، هـٰذا عند إطلاق الإذن ، فلو باع بأقل من ثمن المثل بقدر يسير في العرف . . صح ، وإلا . . فلا .

وعبارته توهم : أن الراهن والمرتهن ليسا كذلك ، والمتجه : إلحاقهما به[1] ، فلو قال : ولا يباع . . لكان أعم ، وقد يقال : إنهما إذا اتفقا علىٰ بيعه بشيء . . لا اعتراض عليهما ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما[2] .

---

(١) في هامش(ك) : (أي : إذا باعه أحدهما ، فما اعترض عليه به لا يرد عليه) ورمز له بالصحة .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال : (**فإن زاد راغب قبل انقضاء الخيار . . فليفسخ وليبعه**) سواء كان خيار مجلس أو شرط ، وهو أحسن من قول « المحرر » و« الشرح » : قبل التفرق .

والمراد : أنه لا ينفسخ بمجرد الزيادة وهو كذلك في الأصح ، لـٰكن لا يبادر إليه إلا بعد ظهور استقرار الزيادة ، فإن ظهر له استقرارها فلم يفسخ . . انفسخ في الأصح .

ولو باع العدل من الراغب ولم يفسخ . . صح على الأصح ، بل قد يقال : البيع بدون الفسخ أولىٰ ؛ لأنه قد يفسخ فيرجع الراغب ، فلو قال له : تخير بين الفسخ وبين البيع بلا فسخ . . كان أولىٰ .

وإذا قلنا بالأصح فلم يعلم الوكيل حتى انقضى الخيار والزيادة مستقرة . . قال الشيخ : فالأقرب : أنه يبين الفسخ[1] ، لـٰكن لم أر من صرح به .

حادثة :

رجل عليه دين رهن به كرماً ، وحل الدين وهو غائب ، وأثبت صاحب الدين الإقرار والرهن والقبض وغيبة الراهن ، وثبت عند الحاكم : أن قيمته قدر الدين ، فأذن في تعويضه للمرتهن عن دينه ، ثم بعد مدة قامت بينة : أن قيمته يوم التعويض أكثر ، وكان يوم التعويض يوم التقويم الأول .

أجاب الشيخ : يستمر التعويض ولا يبطل بقيام البينة الثانية مهما كان التقويم الأول محتملاً ؛ لأنه بيع في دين واجب علىٰ صاحبه فلا يبطل بالبينة المعارضة ، ولأن فعل هـٰذا المأذون كفعل الحاكم ، وقد اختلف فيه هل هو حكم أو لا؟ وعلىٰ كل تقدير لا يجوز نقضه إلا بمستند ، والبينة المعارضة لا تصح مستنداً[2] .

---

(١) في هامش(ك) : (هو كما قال) ورمز له بالصحة .

(٢) في هامش (ك) : (وجه ما ذكره : أن تعويضه بالقيمة مدركها الاجتهاد ، وقد تطّلع بينة الأقل علىٰ عيب فمعها زيادة علم ، لـٰكنه يخالف ما أفتىٰ به ابن الصلاح فيما لو قامت بينة بأن قيمة سلعة اليتيم مئة مثلاً ، فأذن الحاكم في بيعها بالمئة فبيعت بها ، ثمَّ قامت بينة أخرىٰ بأن قيمتها مئتان من أنه ينقض البيع والإذن فيه . اهـ

وحينئذ فيحمل كلام السبكي علىٰ ما إذا تغيرت هيئة الكرم وتعذر تحقيق الأمر فيه ، فإن=

وَمُؤْنَةُ ٱلْمَرْهُونِ عَلَى ٱلرَّاهِنِ ، وَيُجْبَرُ عَلَيْهَا لِحَقِّ ٱلْمُرْتَهِنِ عَلَى ٱلصَّحِيحِ . وَلاَ يُمْنَعُ ٱلرَّاهِنُ مِنْ مَصْلَحَةِ ٱلْمَرْهُونِ كَفَصْدٍ وَحِجَامَةٍ . . . .

قال : (**ومؤنة المرهون على الراهن**) بالإجماع ، ولا يقدح في ذلك قول الحسن بن صالح : إنها على المرتهن .

وشملت عبارته : النفقة والكسوة والعلف والسقي وتجفيف الثمار وأجرة الإصطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع .

قال : (**ويجبر عليها لحق المرتهن على الصحيح**) ؛ استبقاءً للوثيقة .

والمراد : أنه يجبر عليها من ماله لا من الرهن .

والثاني : لا يجبر ، لكن يبيع الحاكم عند امتناعه جزءاً من المرهون بحسب الحاجة ، فلو كانت المؤنة تستغرقه قبل الأجل . . بيع ورهن ثمنه .

وقوله : (لحق المرتهن) أشار بذلك إلىٰ أن له المطالبة بها ، وكان الأحسن حذف (الواو) أو حذفها وما عطفته ؛ لأنه حشو ، وجزم الأكثرون بأن الراهن لا يجبر على المداواة[1] ، وأجرى المتولي فيها الوجهين .

والظاهر : أنه لا فرق بين المداواة عن جراحة أو مرض[2] .

قال : (**ولا يمنع الراهن من مصلحة المرهون كفصد وحجامة**) أي : عند الحاجة إليهما ؛ لأنه يحفظ به ملكه ، وكذلك له المعالجة بالأدوية المظنونة النفع .

وفي معنىٰ (الفصد) توديج الدابة ، وهو : فتح الودجين ، وهما : عرقان عريضان في صفحتي العنق .

وكذلك تبزيغها ، وهو : فتح الرهصة ، وهو : الماء في الحافر .

وكذلك له المعالجة بالمراهم ونحوها .

وله أن يفعل ما فيه مصلحة كدهن الماشية الجرباء .

= كلام ابن الصلاح في سلعة قائمة يقطع فيها بكذب البينة الشاهدة بأن قيمة [السلعة مئة ، والقاضي بنقض البيع] ، والإذن فيه ، وكلام السبكي كالصريح فيما ذكرته) .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وله رعيها في وقت الأمن وتأوي ليلاً إلىٰ من له عليها اليد .

وله تأبير النخل .

وما يحصل من السعف والليف الذي يقلع كل سنة والعراجين للراهن كالثمرة ، وما كان موجوداً عند الرهن مرهون .

قال : (**وهو أمانة في يد المرتهن**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « الرهن من راهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

وفي رواية : « لا يغلق الرهن علىٰ راهنه ، له غنمه وعليه غرمه » رواه الدارقطني [٣/ ٣٢] وابن حبان [٥٩٣٤] والحاكم [٢/ ٥١] ، وقال : علىٰ شرط الشيخين .

ومعنىٰ قوله : (من راهنه) أي : من ضمان راهنه .

قال الشافعي رضي الله عنه : هـٰذا من أفصح ما قالت العرب : الشيء من فلان ، أي : من ضمانه .

وقوله : (لا يغلق) معناه : لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه ، وكان هـٰذا من فعل الجاهلية فأبطله الإسلام .

وممن قال بأن الرهن أمانة من الصحابة : أبو هريرة رضي الله عنه ، ومن التابعين : سعيد بن المسيب ، ومن أتباعهم : ابن أبي ذئب وأحمد وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة : إنه مضمون بأقل الأمرين من قيمته أو الحق المرهون به .

وقال مالك : إن كان تلفه ظاهراً . . فغير مضمون ، وإن كان باطناً . . ضمن بقيمته .

قال : (**ولا يسقط بتلفه شيء من دينه**) ؛ لأنه وثيقة في دين ليس بعوض فيه فلا يسقط الدين بتلفه كالضامن والشاهد .

قال الشيخ : وقول المصنف : (ولا يسقط) بـ(الواو) أحسن من حذفها في « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » ؛ لأنها تدل علىٰ ثبوت حكم الأمانة مطلقاً حتىٰ يصدق في التلف ، ولا يلزمه ضمانه لا بقيمة ولا بمثل خلافاً لمن خالف فيه ،

لـٰكنه لو عطف بـ(الفاء) كصاحب « التنبيه ».. كان أحسن ؛ فإنه يفيد ثبوت الأمانة مطلقاً ، ويسبب عدم السقوط عنها .

فروع :

ليس للراهن أن يقول : أحضر المرهون وأنا أقضي دينك من مالي ، بل لا يلزمه الإحضار بعد قضائه ، وإنما عليه التمكين كالمودع ، والإحضار وما يحتاج إليه من مؤنة علىٰ رب المال .

ولو قال : خذ هـٰذا الكيس واستوف حقك منه.. فهو أمانة في يده إلىٰ أن يستوفي ، فإذا استوفاه.. صار مضموناً عليه .

ولو قال : خذه بدراهمك وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر أو كانت أكثر من دراهمه.. لم يملكه ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد ، وإن كانت معلومة بقدر حقه.. ملكها إذا لم تكن للكيس قيمة ، فإن كانت.. فهو من مسألة مد عجوة .

قال : (**وحكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان**) أي : في أصل الضمان لا في مقداره ، فالذي يقتضي صحيحُه الضمانَ بعد التسليم كالبيع والقرض والعمل في القراض والإجارة يقتضيه فاسدُه أيضاً ، وما لا يقتضيه كالرهن والعين المستأجرة والهبة لا يقتضيه فاسده .

أما الأول.. فلأن الصحيح إذا وجب الضمان فالفاسد أولىٰ ، وأما الثاني.. فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضمانه ، وهـٰذه القاعدة ذكرت هنا ؛ لأنه يترتب عليها فروع كرهن المغصوب وما سيأتي .

ويستثنى من طردها : إذا قال : قارضتك علىٰ أن الربح كله لي ، أو ساقيتك علىٰ أن الثمرة كلها لي.. فلا أجرة لهما كما سيأتي في موضعه .

وإذا عقد الجزية غير الإمام.. فإنها لا تصح على الصحيح ، ولا جزية فيها على الذمي على الأصح .

وإذا استأجر الأب الأم لإرضاع الولد وقلنا بالفساد.. لا أجرة على الأصح .

وَلَوْ شَرَطَ كَوْنَ ٱلْمَرْهُونِ مَبِيعاً لَهُ عِنْدَ ٱلْحُلُولِ . . فَسَدَا . وَهُوَ قَبْلَ ٱلْمَحِلِّ أَمَانَةٌ ،

وإذا قال الإمام لمسلم : إن دللتني على القلعة الفلانية فلك منها جارية ولم يعينها . . فالأصح : صحة العقد كما لو جرىٰ مع كافر .

فإن قلنا : لا تصح هـٰذه الجعالة فدل . . لا يستحق أجرة ، ومِن عكسها : عمل الشريك في نصيب صاحبه غير مضمون إذا كانت الشركة صحيحة ، ومضمون إذا كانت فاسدة ، وهـٰذه ذكرها المصنف في بابها .

وكذلك الهبة إذا صحت . . تكون العين غير مضمونة ، وكذا إذا فسدت على الأصح ، كما صححه المصنف في زياداته في آخر (باب الهبة) ، واعترض به على الرافعي في (باب محرمات الإحرام) ، لـٰكنه جزم في « الشرح الصغير » بمقابله .

وما لا يقتضي صحيحه الضمان إذا صدر من سفيه أو صبي . . يكون مضموناً أيضاً علىٰ قابضه منه مع فساده .

قال البغوي في « الفتاوىٰ » : إذا استأجر الولي رجلاً لأمر من أمور الصبي إجارة فاسدة ككثير من الإجارات الواقعة في هـٰذا الزمان . . فأجرة المثل على الولي ؛ لأن العقد لم ينعقد في حق الصبي[1] .

قال : (**ولو شرط كون المرهون مبيعاً له عند الحلول . . فسدا**) أي : الرهن والبيع ، أما الرهن . . فلتأقيته بالحلول ، والبيع . . لتعليقه .

وخرج بقوله : (ولو شرط) ما إذا قال : رهنتك وإذا لم أقضك عند الحلول فهو مبيع منك . . فسد البيع .

قال الشيخ : ويظهر أن الرهن لا يفسد ؛ لأنه لم يشترط فيه شيئاً ، وكلام الروياني يقتضيه ، ولم يتعرض الرافعي لها[2] .

قال : (**وهو قبل المحل أمانة**) ؛ لأنه مقبوض بحكم الرهن الفاسد ، وهـٰذا من ثمرة القاعدة المتقدمة .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (الأوجه : فساده أيضاً ، كما يعلم من أول الباب) .

وَيُصَدَّقُ ٱلْمُرْتَهِنُ فِي دَعْوَى ٱلتَّلَفِ بِيَمِينِهِ ، وَلاَ يُصَدَّقُ فِي ٱلرَّدِّ عِنْدَ ٱلأَكْثَرِينَ . وَلَوْ وَطِىءَ ٱلْمُرْتَهِنُ ٱلْمَرْهُونَةَ بِلاَ شُبْهَةٍ . . فَزَانٍ ، وَلاَ يُقْبَلُ قَوْلُهُ : جَهِلْتُ تَحْرِيمَهُ إِلاَّ أَنْ يَقْرُبَ إِسْلاَمُهُ ، أَوْ يَنْشَأَ بِبَادِيَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ ٱلْعُلَمَاءِ . . . .

وأما بعد المحل . . فهو مضمون ؛ لأنه مقبوض بحكم الشراء الفاسد .

وفي وجه : إنما يضمنه إذا أمسكه بعد المحل علىٰ جهة البيع ، أما إذا أمسكه علىٰ جهة الدين . . فلا .

قال : (**ويصدَّق المرتهن في دعوى التلف بيمينه**) ؛ لأنه أمين ، ولا يلزمه شيء ، وما أوهمه كلام « الوسيط » من خلاف في تصديقه لا يغتر به ؛ إذ لا خلاف فيه .

هـٰذا إذا لم يذكر سبباً ، أو ذكر سبباً خفياً ، فإن ذكر ظاهراً . . ففيه التفصيل المذكور في (الوديعة) .

قال : (**ولا يصدَّق في الرد عند الأكثرين**) ؛ لأنه قبضه لغرض نفسه فكان كالمستعير ، وأيضاً إقامة البينة على الرد ممكنة ، وكذا الحكم في دعوى المستأجر ردَّ العين ، وقيل : يصدَّق كالمودع .

ولو ادعىٰ وارث المرتهن الرد . . لم يقبل قطعاً ، ولو ادعى المرتهن الرد علىٰ رسول الراهن . . لم يصدَّق في الأصح .

قال : (**ولو وطيء المرتهن المرهونة بلا شبهة . . فزانٍ**) يجب عليه الحد إجماعاً ، فإن كانت شبهة كأن ظنها زوجته أو أمته . . فلا حد ، وعليه المهر ، والولد حر نسيب ، وعليه قيمته للراهن ، وأسقط أبو حنيفة الحد ؛ لشبهة كونها مرهونة ، ولم يقل أحد من المسلمين بحل الوطء .

واعترض الشيخ على المصنف في قوله : (فزانٍ) ؛ لأن (لو) لا تجاب بـ(الفاء) ، وكان الصواب أن يقول : كان زانياً .

قال : ويقع في كلام الفقهاء هـٰذا ، كأنهم أجروها مجرىٰ (إن) .

قال : (**ولا يقبل قوله : جهلت تحريمه ، إلا أن يقرب إسلامه ، أو ينشأ ببادية بعيدة عن العلماء**) ؛ لأنه قد يخفىٰ عليه ذلك .

وَلَوْ وَطِىءَ بِإِذْنِ ٱلرَّاهِنِ . . قُبِلَ دَعْوَاهُ جَهْلَ ٱلتَّحْرِيمِ فِي ٱلْأَصَحِّ فَلاَ حَدَّ ، وَيَجِبُ ٱلْمَهْرُ إِنْ أَكْرَهَهَا ، وَٱلْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلرَّاهِنِ . . . .

قال : (**ولو وطىء بإذن الراهن . . قبل دعواه جهلَ التحريم في الأصح فلا حد**) ؛ لأن التحريم مع الإذن قد يخفىٰ علىٰ كثير من الناس .

والثاني : لا تقبل دعواه ؛ لبعدها ، ويحدُّ .

وذكر الإمام في « النهاية » عن عطاء : أنه كان يجيز إعارة الجواري للوطء ، وكان يبعث بالجواري إلىٰ ضيفانه ، وهـٰذا تبعد صحته عنه ، وبتقدير صحته ليس بشبهة ؛ لضعفه ، والحدُّ لا يُدرأ بالمذاهب إنما يدرأ بما يتمسَّك به أهل المذاهب من الأدلة ، وليس لعطاء في هـٰذا متمسك .

قال : (**ويجب المهر إن أكرهها**) ؛ لأن وجوبه حيث لا يجب الحد حق للشرع فلا يؤثر فيه الإذن كالمفوضة .

وفي قول : لا يجب ؛ للإذن ، وهـٰذا حكاه في « المحرر » وجهاً ، وأسقطه المصنف .

وأفهم كلامه : أنها إذا طاوعته . . لم يجب المهر ، وهو كذلك ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا مهر لبغي »[1] .

قال : (**والولد حر نسيب**) كسائر الشبهات .

قال : (**وعليه قيمته للراهن**) ؛ لأن المالك رضي بإتلاف المنفعة لا بالإحبال ، ولا تصير الأمة أم ولد في الحال ، وكذا لو ملكها بعد ذلك .

ويلغز بهـٰذه فيقال : رجل وطىء أمة لغيره لم نوجب عليه مهرها ويجب عليه قيمة أولادها[2]؟

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٣٧) ، ومسلم (١٥٦٧) .

(٢) في هامش(ك) : (أي : لكونها مطاوعة فيسقط مهرها ؛ لمطاوعتها ، ولم تسقط قيمة الولد بذلك ؛ اعتباراً بالشبهة من جهة الواطىء) .

وَلَوْ أَتْلَفَ ٱلْمَرْهُونَ وَقَبَضَ بَدَلَهُ . . صَارَ رَهْناً ، وَٱلْخَصْمُ فِي ٱلْبَدَلِ ٱلرَّاهِنُ ، فَإِنْ لَمْ يُخَاصِمْ . . لَمْ يُخَاصِمِ ٱلْمُرْتَهِنُ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

قال : (**ولو أتلف المرهون وقبض بدله . . صار رهناً**) ؛ لقيامه مقامه ، ويجعل في يد من كان الأصل في يده ، وكذلك لو جني عليه فأخذ أرش الجناية . . تعلق به حق المرتهن ؛ لأن الأرش بدل عن الفائت فقام مقامه ، وكذلك لو ظهر المرهون وقفاً وأخذت قيمته من البائع ، وسيأتي في (كتاب الوقف) ذكر المسألة ونظائرها إن شاء الله تعالىٰ .

وقوله : (وقبض) يقتضي : أنه لا يكون رهناً قبل قبضه ، والأصح : خلافه .

وظاهر عبارته : أنه يصير رهناً بغير إنشاء صيغة رهن ، وهو كذلك في « الروضة » هنا[1] .

وحكى الرافعي في نظيره من الوقف وجهين ، وقال : إنهما جاريان في بدل المرهون ، وصحح المصنف : أنه لا بد من إنشاء وقف فيه ، وقد يتوهم من هـٰذا : أنه لا بد من إنشاء الرهن هنا على الأصح ، واستبعده الشيخ ، وفرق بأن هنا جميع أحكام الرهن ثابتة له فلا فائدة في إنشاء الرهن ، وهناك قبل الوقف لم يصر وقفاً وإنما استحق أن يوقف ، وقد يرى الناظر المصلحة في رده ، ووقف غيره بخلاف هـٰذا .

قال : (**والخصم في البدل الراهن**) ؛ لأنه المالك ، وإذا خاصم . . فللمرتهن أن يحضر خصومته ؛ لتعلق حقه بما يأخذه .

وإن نكل الراهن . . فهل يحلف المرتهن؟ فيه قولان ، كغرماء المفلس[2] .

وقال أبو حنيفة : الخصم في البدل المرتهن ؛ لتعلق حقه به .

قال : (**فإن لم يخاصم . . لم يخاصم المرتهن في الأصح**) ؛ لأنه غير مالك .

والثاني : يخاصم ؛ لتعلق حقه بما في ذمته ، وبهـٰذا جزم القاضي ، ونسبه الإمام إلى المحققين ، وجزم هو والغزالي به ، فلذلك اختاره الشيخ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ك) : (أظهرهما : عدم التحليف) .

فَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ . . ٱقْتَصَّ ٱلرَّاهِنُ وَفَاتَ ٱلرَّهْنُ . فَإِنْ وَجَبَ ٱلْمَالُ بِعَفْوِهِ أَوْ بِجِنَايَةِ خَطَأٍ . . لَمْ يَصِحَّ عَفْوُهُ عَنْهُ وَلاَ إِبْرَاءُ ٱلْمُرْتَهِنِ ٱلْجَانِيَ . . . .

والخلاف في « الشرح » و« الروضة » وغيرهما قولان ، فكان الصواب : التعبير بالأظهر .

قال : (**فلو وجب قصاص . . اقتص الراهن**) ؛ لأنه ولي الدم .

قال : (**وفات الرهن**) ؛ لفوات العين وبدلها ، ولا يجب على السيد أن يعفو على مال ، بل له أن يقتص من العبد الذي قتله .

هـٰذا إذا كانت الجناية على النفس ، فإن كانت على الطرف فاقتص . . بقي الرهن بحاله .

قال : (**فإن وجب المال بعفوه أو بجناية خطأ . . لم يصح عفوه عنه**) ؛ لأنه يبطل به حق المرتهن ، وفي قول : ينفذ إذا انفك الرهن .

وقوله : (بجناية خطأ) زيادة مضرة ؛ فإنه لو وجب المال بجناية العمد ابتداء ؛ لكون الجاني حراً أو والداً أو غير ذلك مما يمنع القصاص . . كان كذلك .

قال : (**ولا إبراءُ المرتهنِ الجاني**) ؛ لأنه غير مالك ، ولا يبطل بهـٰذا الإبراء حقه من الوثيقة على الأصح .

فروع :

لو صالح الراهن عن الأرش على جنس آخر . . لم يصح إلا بإذن المرتهن ، فإن أذن . . صح وكان المأخوذ رهناً ، وللرافعي فيه إشكال ، ولغيره جواب عنه ، وإذا لم تنقص القيمة بالجناية كما إذا قطع ذكر العبد . . فالأرش للراهن لا حق للمرتهن فيه ، قاله الماوردي وغيره[1] .

ولو أقر إنسان : أنه جنىٰ على المرهون ، فصدقه المرتهن ، وكذبه الراهن . . أخذ منه الأرش وكان رهناً ، فإذا برىء من الدين بغيره . . فالأصح : أن الأرش يرد إلى

---

(١) في هامش (ك) : (ما قاله الماوردي مردود ؛ لتعلق حق المرتهن بجميع العين المرهونة) .

وَلاَ يَسْرِي ٱلرَّهْنُ إِلَىٰ زِيَادَةٍ مُنفَصِلَةٍ كَثَمَرٍ وَوَلَدٍ ، وَلَوْ رَهَنَ حَامِلاً وَحَلَّ ٱلأَجَلُ وَهِيَ حَامِلٌ . . بِيعَتْ ، وَإِنْ وَلَدَتْهُ . . بِيعَ مَعَهَا فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ ٱلْبَيْعِ دُونَ ٱلرَّهْنِ . . فَٱلْوَلَدُ لَيْسَ بِرَهْنٍ فِي ٱلأَظْهَرِ .

المقر ، وقيل : يجعل في بيت المال .

وإذا أخذت قيمة المرهون للحيلولة . . فمقتضىٰ ما ذكره القاضي في « الفتاوىٰ » : أنه لا يتعلق بها حق المرتهن .

قال : (**ولا يسري الرهن إلىٰ زيادة منفصلة كثمر وولد**) أي : حدث الحمل بهما بعد الرهن وانفصلا قبل البيع ؛ لأنه عقد لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء كالإجارة ، وبالقياس علىٰ ولد الجانية ؛ فإن الأرش لا يتعلق به بالاتفاق بيننا وبين أبي حنيفة ، وقد خالف هنا ، وخالف مالك في الولد في الموضعين ووافق على الثمر ، وكلهم اتفقوا في الكسب علىٰ أنه ليس برهن ، أما المتصلة . . فتتبع الأصل .

قال : (**ولو رهن حاملاً وحل الأجل وهي حامل . . بيعت**) ؛ لأنا إن قلنا : الحمل يعلم . . فكأنه رهنهما ، وإلا . . فقد رهنها والحمل محض صفة[1] .

قال : (**وإن ولدته . . بيع معها في الأظهر**) ؛ بناء علىٰ أن الحمل يعلم ومقابله مبني علىٰ مقابله .

قال : (**وإن كانت حاملاً عند البيع دون الرهن . . فالولد ليس برهن في الأظهر**) ؛ بناء علىٰ أنه يعلم .

والثاني : أنه كزيادة متصلة فلا يمنع من بيعها .

وعبارة المصنف تقتضي : أنه علىٰ هـٰذا القول يوصف بأنه مرهون ، وليس كذلك ؛ لأنه إذا لم يعلم . . فلا حكم له ، وإنما أراد التبعية في البيع .

وإذا قلنا بالأظهر . . تعذر بيعها حتىٰ تضع ؛ لأن استثناء الحمل لا يمكن ، وبيعها حاملاً يقتضي التوزيع ، والحمل لا تعرف قيمته .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

جَنَى ٱلْمَرْهُونُ . . قُدِّمَ ٱلْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ، فَإِنِ ٱقْتَصَّ أَوْ بِيعَ لَهُ . . بَطَلَ ٱلرَّهْنُ ، وَإِنْ جَنَىٰ عَلَىٰ سَيِّدِهِ فَٱقْتَصَّ . . بَطَلَ ، وَإِنْ عُفِيَ عَلَىٰ مَالٍ . . لَمْ يَثْبُتْ عَلَى ٱلصَّحِيحِ

فلو سأل الراهن : أن تباع ويسلم الثمن كله للمرتهن . . قال في « الأم » : فذلك له .

تتمة :

ضرب شخص الجارية المرهونة فألقت جنيناً ميتاً . . فعليه عشر قيمة الأم ولا يكون مرهوناً ، فإن نقصت الجارية بالإجهاض . . فلا شيء على الضارب ، ولـٰكن قدر أرش النقص في العشر يكون رهناً ، وإن نقصت بالضرب . . وجب أرشه ويكون رهناً ، وأما أرش البكارة . . فمرهون ؛ لأنه ليس جزءاً من الزوائد بل بدل جزء .

قال : (**فصل :**

جنى المرهون . . قُدِّم المجني عليه) ؛ لأنه حق متعلق بالرقبة ، وحق المرتهن ثابت في الذمة أيضاً فلا يفوت بفوات العين .

هـٰذا إذا لم يأمره السيد بالجناية ، فإن أمره وكان العبد لا يميز أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعته . . فالجاني السيد ، ولا يتعلق برقبة العبد شيء .

قال : (**فإن اقتص أو بيع له . . بطل الرهن**) ؛ لفوات محله ، فإذا سقط حق المجني عليه بعفو أو فداء أو اقتص في الطرف . . بقي الرهن ، فلو عاد إلىٰ ملكه . . لم يعد رهناً إلا بعقد جديد .

قال : (**وإن جنىٰ علىٰ سيده فاقتص**) أي : المستحق ، سيداً كان أو وارثه ، أو السلطان عند عدمهما ، وأشار بذلك إلىٰ أن للسيد أن يقتص للزجر والانتقام ، وهو أحوج إلىٰ ذلك من الأجانب .

قال : (. . **بطل**) أي : الرهن في المقتص منه ، نفساً كان أو طرفاً ؛ لما تقدم .

قال : (**وإن عُفي علىٰ مال . . لم يثبت على الصحيح**) وكذلك لو كانت الجناية خطأً ؛ لأن السيد لا يثبت له علىٰ عبده مال .

فَيَبْقَىٰ رَهْناً ، وَإِنْ قَتَلَ مَرْهُوناً لِسَيِّدِهِ عِنْدَ آخَرَ فَٱقْتَصَّ . . بَطَلَ ٱلرَّهْنَانِ . وَإِنْ وَجَبَ مَالٌ . . تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ مُرْتَهِنِ ٱلْقَتِيلِ فَيُبَاعُ وَثَمَنُهُ رَهْنٌ ، وَقِيلَ : يَصِيرُ رَهْناً ، . . . .

والثاني ـ وبه قال ابن سريج ـ : يثبت ويتوصل به الراهن إلىٰ فك الرهن .

وينبغي أن يقرأ (عُفي) بضم العين ؛ ليشمل ما إذا كانت الجناية علىٰ نفس السيد وعفا الوارث ، وما إذا كانت علىٰ طرفٍ أو نفسٍ مَن يستحق القصاص عليه فعفا .

والصحيح في الجميع واحد ، لـٰكن الخلاف مختلف ، فإن كان مراد المصنف عفو الوارث عن الجناية علىٰ نفس السيد . . فالخلاف قولان ، وإن أراد عفو السيد عن الجناية علىٰ طرف . . كان موافقاً لما في « الروضة » ؛ فإنه عبر فيها بالصحيح ، لـٰكن يكون أسقط مسألة عفو الوارث ، وهي في « المحرر » ، فلو عبر بالأظهر . . لنص علىٰ مسألة الوارث ، وفهمت مسألة السيد من باب أولىٰ ، بخلاف العكس ، ولو جنىٰ على السيد خطأً . . كان كالعفو .

قال : (**فيبقىٰ رهناً**) أي : لازماً لا يباع في الجناية ، وعلىٰ مقابله هو رهن أيضاً ، لـٰكن يباع فيها كما لو كانت علىٰ أجنبي .

قال : (**وإن قتل مرهوناً لسيده عند آخر فاقتص . . بطل الرهنان**) ؛ لفواتهما .

قال : (**وإن وجب مال . . تعلق به حق مرتهن القتيل**) سواء وجب بعفو أو بجناية الخطأ ؛ لأنه بدله ، ولأن السيد لو أتلف المرهون . . غرم قيمته لحق المرتهن ، فإذا أتلفه عبده . . كان تعلق الغرم به أولىٰ ، وإنما وجب المال وإن كان السيد لا يثبت له علىٰ عبده ذلك ؛ لأجل تعلق حق الغير .

قال : (**فيباع وثمنه رهن**) ؛ لأن حق مرتهن القتيل في مالية العبد القاتل لا في عينه ، وأشار إلىٰ أنه يصير رهناً من غير إنشاء رهن ، وهو كذلك كما تقدم .

قال : (**وقيل : يصير رهناً**) ؛ إذ لا فائدة في البيع ، بل ينتقل إلىٰ مرتهن القتيل ليتوثق به .

وإنما يظهر أثر الخلاف : إذا طلب الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع ، أما إذا عكس . . فيجاب الراهن ، فلو اتفق الراهن والمرتهنان علىٰ شيء . . اتبع .

فَإِنْ كَانَا مَرْهُونَيْنِ عِنْدَ شَخْصٍ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ . . نَقَصَتِ ٱلْوَثِيقَةُ ، أَوْ بِدَيْنَيْنِ وَفِي نَقْلِ ٱلْوَثِيقَةِ غَرَضٌ . . نُقِلَتْ . وَلَوْ تَلِفَ مَرْهُونٌ بِآفَةٍ . . بَطَلَ . وَيَنْفَكُّ بِفَسْخِ ٱلْمُرْتَهِنِ وَبِٱلْبَرَاءَةِ مِنَ ٱلدَّيْنِ ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ . . لَمْ يَنْفَكَّ شَيْءٌ مِنَ ٱلرَّهْنِ . . . .

قال : (**فإن كانا مرهونين عند شخص بدين واحد . . نَقَصَت الوثيقة**) كما لو مات أحدهما ، و(نَقَصَت) بفتح النون والصاد المهملة من النقصان .

قال : (**أو بدينين وفي نقل الوثيقة غرض . . نقلت**) كما إذا اختلف الدينان حلولاً وتأجيلاً ، وكذا قدراً والقتيل مرهون بأكثرهما ، وحيث كان القاتل أكثر قيمة . . نقل منه بقدر قيمة القتيل فقط ، وهل تنقل عينه أو ثمنه؟ وجهان[1] ، أما إذا لم يكن غرض . . فلا نقل ، كرهن القتيل بأقلهما .

قال : (**ولو تلف مرهون بآفة . . بطل**) أي : انفك الرهن ؛ لفوات محله ، وليس المراد : أنه يرتفع العقد كالفسخ .

قال : (**وينفك بفسخ المرتهن**) ؛ لأن الحق له ، وهو جائز من جهته ، فله فسخه متىٰ شاء .

قال : (**وبالبراءة من الدين**) سواء كان بإبراء ، أو قضاء ، أو اعتياض ، أو إقالة عن سبب الدين المرهون به ، أو انتقال الدين إلىٰ من عليه بإرث أو حوالة ؛ لزوال المانع .

قال : (**فإن بقي شيء . . لم ينفك شيء من الرهن**) بالإجماع ؛ لأن الرهن وثيقة بالدين وبكل جزء منه فكان كرقبة المكاتب .

ولو شرط : أنه كلما قضىٰ من الحق شيئاً انفك من الرهن بقدره . . فسد الرهن ؛ لاشتراط ما ينافيه .

حادثة :

سئل شيخ الإسلام عن رهن اتحد عقداً وراهناً ومرتهناً ، ثم إن المرتهن فك الرهن

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : ثانيهما كما تقدم) .

وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ عَبْدٍ بِدَيْنٍ وَنِصْفَهُ بِآخَرَ فَبَرِئَ مِنْ أَحَدِهِمَا . . ٱنْفَكَّ قِسْطُهُ ، وَلَوْ رَهَنَاهُ فَبَرِئَ أَحَدُهُمَا . . ٱنْفَكَّ نَصِيبُهُ . . . .

في بعض المرهون ، هل ينفك ذلك البعض ويصير الباقي رهناً بجميع الدين المرهون به أو لا؟

أجاب : نعم ينفك ذلك البعض ويصير الباقي رهناً بالدين المرهون به[1] .

قال : وقد وقعت هٰذه المسألة قديماً بالبهنسا[2] ، ووقع فيها تنازع ، وكتبت فيها بهٰذا ، وهو المعتمد ، وما ذكر من قول من يقول : لا ينفك البعض . . فذلك في صور ليس هٰذه منها ، إنما مرادهم ما يكون الانفكاك بأداء ، أو إبراء ، أو حوالة ، ونحو ذلك مما يقتضي فراغ الذمة عن ذلك القدر المتعلق بذلك البعض من جهة التعدد ، ولهٰذا لم يتعرض لصورة تلف بعض المرهون ونحوه مما لا يقتضي فراغ الذمة عن ذلك القدر المتعلق بذلك البعض .

قال : (**ولو رهن نصف عبد بدين ونصفه بآخر[3] فبرىء من أحدهما . . انفك قسطه**) ؛ لتعدد الصفقة بتعدد الراهن .

قال : (**ولو رهناه فبرىء أحدهما . . انفك نصيبه**) ؛ لأن الصفقة تتعدد بتعدد البائع قطعاً والراهن كالبائع ، وعن أبي حنيفة خلافه .

تتمة :

إذا انفك الرهن في نصيب أحدهما وطلب القسمة ، فإن كان المرهون مما يقسم بالأجزاء وهو المثليات كالمكيلات والموزونات والمذروعات[4] المتساوية الأجزاء . . فله أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه ، نص عليه[5] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) **البهنَسا** : مدينة بمصر من الصعيد الأدنىٰ غربي النيل ، وليست علىٰ ضفته .
(٣) في هامش(ك) : (أي : عقد آخر) .
(٤) في هامش(ك) : (علىٰ رأي مرجوح) .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

ٱخْتَلَفَا فِي ٱلرَّهْنِ أَوْ قَدْرِهِ . . صُدِّقَ ٱلرَّاهِنُ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ رَهْنَ تَبَرُّعٍ ، وَإِنْ شُرِطَ فِي بَيْعٍ . . تَحَالَفَا . . . .

وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء كالثياب والعبيد . . قال العراقيون : لا يجاب إليه[1] ، وإن كان أرضاً مختلفة الأجزاء كالدار . . لزم الشريك أن يوافقه ، وفي المرتهن وجهان : أصحهما : له الامتناع ؛ لما في القسمة من التبعيض وقلة الرغبة .

قال : (**فصل :**

اختلفا في الرهن) إما في أصله ؛ بأن قال رب الدين : رهنتني كذا ، وأنكر المالك ، أو قال : رهنتني عبدك ، فقال : بل ثوبي .

قال : (**أو قدره**) كما إذا قال : رهنتني هـٰذين العبدين ، فقال : بل أحدهما (. . **صُدِّق الراهن بيمينه إن كان رهن تبرع**) ؛ لأن الأصل يعضده ، وهو عدم الرهن ، سواء كانت العين في يد الراهن أو المرتهن .

وفي وجه : يصدق المرتهن بيمينه إذا كانت في يده .

ولو عبر المصنف بدل (الراهن) بالمالك . . كان أولىٰ ؛ لأن منكر الرهن ليس براهن .

قال : (**وإن شُرط في بيع . . تحالفا**) كسائر كيفيات البيع إذا اختلف فيها .

والمراد : أنهما اختلفا كيف صدر البيع مع اتفاقهما على اشتراط الرهن واختلافهما في شيء مما تقدم كأصل الرهن وقدره؟ فهـٰذا في الحقيقة اختلاف في كيفية عقد البيع ، فيقضىٰ بالتحالف ، وهـٰذه يعلم حكمها من (باب التحالف) فهي مستغنىً عنها .

لـٰكن يرد عليه ما لو اتفقا على البيع بشرط الرهن واختلفا في الوفاء به ـ أي : هل رهن أو لا؟ ـ فادعاه المرتهن ، وأنكره الراهن ليأخذ الرهن ويتوصل به إلىٰ أن يفسخ المرتهن البيع . . فلا تحالف ، بل يصدَّق الراهن ؛ فإنهما لم يختلفا في كيفية البيع الذي هو مناط التحالف .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوِ ٱدَّعَىٰ أَنَّهُمَا رَهَنَاهُ عَبْدَهُمَا بِمِئَةٍ وَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا . . فَنَصِيبُ ٱلْمُصَدِّقِ رَهْنٌ بِخَمْسِينَ ، وَٱلْقَوْلُ فِي نَصِيبِ ٱلثَّانِي قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ ٱلْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ .

وَلَوِ ٱخْتَلَفَا فِي قَبْضِهِ : فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ ٱلرَّاهِنِ ، أَوْ فِي يَدِ ٱلْمُرْتَهِنِ وَقَالَ ٱلرَّاهِنُ : غَصَبْتَهُ . . صُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، وَكَذَا إِنْ قَالَ : أَقْبَضْتُهُ عَنْ جِهَةٍ أُخْرَىٰ فِي ٱلأَصَحِّ . .

قال : (**ولو ادعىٰ أنهما رهناه عبدهما بمئة وصدقه أحدهما . . فنصيب المصدق رهن بخمسين**) ؛ مؤاخذة بإقراره (**والقول في نصيب الثاني قوله بيمينه**) ؛ لما تقدم .

قال : (**وتقبل شهادة المصدق عليه**) أي : على النافي ؛ لخلوها عن جلب نفع ودفع ضرر ، فإن شهد معه آخر أو حلف المدعي . . ثبت رهن الجميع ، ولو زعم كل منهما : أنه لم يرهن وأن شريكه رهن وشهد . . قبلت شهادتهما في الأصح ؛ لأنهما ربما نسيا ، وإن تعمدا . . فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق[1] ، ولهـٰذا لو تخاصم رجلان في شيء ثم شهدا في حادثة . . قبلت شهادتهما وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم .

ولك أن تقول : إنما لا توجب الكذبة الفسق إذا لم يكن جحد حق .

وعن ابن القطان وجه ثالث : أن الذي شهد أولاً تقبل شهادته دون من شهد آخراً ؛ لأنه انتهض خصماً .

قال : (**ولو اختلفا في قبضه ، فإن كان في يد الراهن ، أو في يد المرتهن وقال الراهن : غصبتَه . . صُدِّق بيمينه**) ؛ لأن الأصل عدم اللزوم وعدم الإذن في القبض .

قال : (**وكذا إن قال : أقبضته عن جهة أخرىٰ في الأصح**) كإيداع أو إعارة أو كراء ونحوها ؛ لأن الأصل عدم إذنه في القبض عن جهة الرهن .

---

(١) في هامش (ك) : (تبع فيه شيخه الإسنوي ، وعبارته : وما ذكر من أن الكذبة الواحدة لا توجب الفسق محله عند عدم انضمام غيرها إليها ، أما هنا . . فبتقدير تعمده يكون جاحداً لحق واجب عليه فيفسق بذلك ، ورد بأن شرط كون الجحد مفسِّقاً : أن تفوت المالية على الغير ، وهنا لم يفت إلا حق الوثيقة .

قال البُلقيني : «ومحل ذلك : إذا لم يصرح المدعي بظلمهما بالإنكار بلا تأويل ، وإلا . . فلا تقبل شهادتهما ؛ لأنه ظهر منه ما يقتضي تفسيقهما » اهـ ، وما قاله معتمد وإن نوزع فيه) .

وَلَوْ أَقَرَّ بِقَبْضِهِ ثُمَّ قَالَ : لَمْ يَكُنْ إِقْرَارِي عَنْ حَقِيقَةٍ . . فَلَهُ تَحْلِيفُهُ ، وَقِيلَ : لاَ يُحَلِّفُهُ إِلاَّ أَنْ يَذْكُرَ لإِقْرَارِهِ تَأْوِيلاً كَقَوْلِهِ : أَشْهَدْتُ عَلَىٰ رَسْمِ ٱلْقَبَالَةِ . . . . . .

والثاني : القول قول المرتهن ؛ لأنهما اتفقا علىٰ قبض مأذون فيه وأراد الراهن أن يصرفه إلىٰ جهة أخرىٰ ، والظاهر خلافه ؛ لتقدم العقد المحوج إلى القبض .

قال : (**ولو أقر بقبضه ثم قال : لم يكن إقراري عن حقيقة . . فله تحليفه**) أي : للراهن تحليف المرتهن : أنه أقبضه ؛ لأنا نعلم غالباً : أن الوثائق يشهد عليها قبل تحقق ما فيها .

قال : (**وقيل : لا يحلفه إلا أن يذكر لإقراره تأويلاً كقوله : أشهدت علىٰ رسم القَبالة**) ؛ لأنه ذكر أمراً محتملاً .

وقيل : لا يحلفه مطلقاً .

وقال القفال : إذا أقر في مجلس القاضي . . لا يحلفه وإن ذكر تأويلاً .

وقال غيره : لا فرق[١] .

وقال الإمام : إن اتحد المجلس . . كان كإكذابه نفسه ، وإن اعتذر في مجلس آخر . . قُبل .

ومن التأويل : أن يقول : إنما أقبضته بالقول ظاناً أنه يكفي ، أو جاءني كتاب عن وكيلي : أنه أَقبضَ ، فبان مزوراً .

والخلاف جار : فيما إذا أقر لزيد بألف وشهدت عليه بينة بذلك ، فقال : إنما أقررت بذلك ؛ لأنه وعدني أن يقرضني فحلِّفوه .

وأفتى ابن الصلاح بأنه إذا ادعىٰ : أن المال الذي أقر به كان في يده مضاربة . . أن له أن يحلفه ؛ لأن ذلك قد يفعل[٢] .

ولو كان رب الدين قد أقبضه عوضه . . لم يكن له أن يحلفه[٣] : أنه أقبضه إياه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في (ز) و(ك) و(د) : (يحلف) .

وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا : جَنَى ٱلْمَرْهُونُ ، وَأَنْكَرَ ٱلآخَرُ . . صُدِّقَ ٱلْمُنْكِرُ بِيَمِينِهِ . وَلَوْ قَالَ ٱلرَّاهِنُ : جَنَىٰ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ . . فَٱلأَظْهَرُ : تَصْدِيقُ ٱلْمُرْتَهِنِ بِيَمِينِهِ فِي إِنْكَارِهِ ، وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ . . غَرِمَ ٱلرَّاهِنُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ يَغْرَمُ ٱلأَقَلَّ مِنْ قِيمَةِ ٱلْعَبْدِ وَأَرْشِ ٱلْجِنَايَةِ ، . . . .

و(الرسم) : الكتابة .

و(القَبالة) بفتح القاف : الورقة التي يكتب فيها الإقرار بدين أو غيره .

قال : (**ولو قال أحدهما : جنى المرهون ، وأنكر الآخر . . صدق المنكر بيمينه**) ؛ لأنه الأصل ، والمراد : أنه قال : جنىٰ بعد القبض ، وذلك يفهم من قوله بعده : (قبل القبض) .

قال : (**ولو قال الراهن : جنىٰ قبل القبض . . فالأظهر : تصديق المرتهن بيمينه في إنكاره**) ؛ صيانة لحقه ، لأن الراهن قد يواطىء المجني عليه والعبد علىٰ إبطال حق المرتهن .

والثاني : يصدق الراهن ؛ لأنه أقر في ملكه بما لا يجر لنفسه نفعاً .

وفي قول ثالث ـ انفرد به الإمام والغزالي ـ : إن كان موسراً . . قبل ، وإلا . . فلا ، كالإعتاق .

ومحل القولين في المسألة : إذا عين الراهن المجني عليه فصدقه ، وإلا . . فالرهن بحاله جزماً ، ودعوى الراهن زوال الملك كدعوى الجناية .

قال : (**والأصح : أنه إذا حلف . . غرم الراهن للمجني عليه**) كما لو قتله ؛ لأنه حال بينه وبين حقه .

والثاني : لا يغرم ، وهما مبنيان علىٰ قولي الحيلولة ، بل الخلاف في المسألة هو ذلك ، وهو قولان لا وجهان ، فكان الصواب : التعبير بالأظهر .

قال : (**وأنه يغرم الأقلَّ من قيمة العبد وأرشِ الجناية**) كما في جناية أم الولد ؛ لامتناع البيع .

والثاني : أرشَ الجناية بالغاً ما بلغ ، وهما في كل عبد جان .

وَأَنَّهُ لَوْ نَكَلَ ٱلْمُرْتَهِنُ . . رُدَّتِ ٱلْيَمِينُ عَلَى ٱلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، لاَ عَلَى ٱلرَّاهِنِ . فَإِذَا حَلَفَ . . بِيعَ فِي ٱلْجِنَايَةِ . وَلَوْ أَذِنَ فِي بَيْعِ ٱلْمَرْهُونِ فَبِيعَ وَرَجَعَ عَنِ ٱلإِذْنِ وَقَالَ : رَجَعْتُ قَبْلَ ٱلْبَيْعِ ، وَقَالَ ٱلرَّاهِنُ : بَعْدَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : تَصْدِيقُ ٱلْمُرْتَهِنِ . وَمَنْ عَلَيْهِ أَلْفَانِ بِأَحَدِهِمَا رَهْنٌ فَأَدَّىٰ أَلْفاً وَقَالَ : أَدَّيْتُهُ عَنْ أَلْفِ ٱلرَّهْنِ . . . .

قال : (**وأنه لو نكل المرتهن . . ردت اليمين على المجني عليه ، لا على الراهن**) ؛ لأن الحق المقر به إنما هو للمجني عليه لا للراهن .

والثاني : على الراهن ؛ لأن الخصومة بينهما ، وعبارته تقتضي : أنهما وجهان أيضاً ، والأصح : قولان .

يقال : نكل عن اليمين ـ بفتح الكاف ـ ينكُل ـ بضمها ـ أي : جَبُنَ ، والناكل : الجبان الضعيف .

وقال أبو عبيدة : نكِل بالكسر لغة فيه ، وأنكره الأصمعي .

قال (**فإذا حلف . . بيع في الجناية**) ؛ لثبوتها باليمين المردودة .

وعلىٰ هـٰذا : لا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه ؛ لأنه الذي فوته بنكوله هـٰذا إذا استغرقت الجناية قيمته ، فإن لم تستغرق . . بيع منه بقدرها ، ولا يكون الباقي رهناً على الأصح .

قال : (**ولو أذن**) أي : المرتهن (**في بيع المرهون فبيع ورجع عن الإذن وقال : رجعت قبل البيع ، وقال الراهن : بعده . . فالأصح : تصديق المرتهن**) ؛ لأن الأصل استمرار الرهن .

والثاني : الراهن ؛ لقوة جانبه بالإذن .

والثالث : القول قول السابق منهما بالدعوىٰ .

قال القمولي : وينبغي أن يكون هـٰذا هو الأصح كنظيره من الرجعة وفي عزل الوكيل ، أما إذا أنكر أصل الرجوع . . فهو المصدق .

قال : (**ومن عليه ألفان بأحدهما رهن فأدىٰ ألفاً وقال : أديته عن ألف الرهن** . .

صُدِّقَ ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً . . جَعَلَهُ عَمَّا شَاءَ ، وَقِيلَ : يُقَسَّطُ . . . .

صدق) سواء اختلفا في النية أو في اللفظ ؛ لأنه أخبر بنيته وكيفية أدائه .

وفي القديم : القول قول القابض .

وكذلك الحكم لو كان بأحد الدينين ضامن أو كان حالاً والآخر مؤجلاً .

وسكت المصنف عن تحليف الدافع ، وحكمه : أنهما إن اختلفا في اللفظ . . حُلِّف بلا نزاع ، وإن اختلفا في النية . . فوجهان : أصحهما : التحليف أيضاً ، ويستثنى المكاتب إذا اختلف مع السيد فيما أداه[1] . . فالمجاب السيد كما سيأتي في بابه .

ولو لم يتعرضا للجهة ، ثم قال المكاتب : قصدت النجوم ، وأنكر السيد ، أو قال : صدقت ولـٰكن قصدت أنا الدين . . فوجهان : أصحهما في زوائد « الروضة » : تصديق المكاتب[2] ، وهو مشكل ، بل القياس : تصديق السيد ؛ لأن التعيين في الابتداء إليه ، فالقياس : أنا نراعي ذلك .

قال : (**وإن لم ينو شيئاً . . جعله عما شاء**) ؛ لأن التعيين إليه .

قال : (**وقيل : يقسط**) ؛ لعدم الأولوية ، لـٰكن هل يقسط علىٰ قدر الدينين أو على المستحقين بالسوية؟ فيه تردد للصيدلاني .

تتمة :

اختلف وارث الدافع ورب الدين في المدفوع ، فقال الوارث : عن المرهون ، وقال المرهون عنده : عن غيره؟ أفتى الشيخ بأن الوارث هـٰهنا يقوم مقام المورث[3] ؛ لأنه حق مالي فيورث ، وليس كتعيين الطلاق في إحدى الزوجتين .

---

(١) في هامش (ك) : (بأن قال المكاتب حال الدفع : أدفع ، هـٰذا عن نجوم الكتابة ، والسيد أخذ هـٰذا عن دين المعاملة) .

(٢) في هامش (ك) : (لتقصير السيد في الابتداء حيث لم يعين مراده) .

(٣) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

فَصْلٌ :

مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ . . تَعَلَّقَ بِتَرِكَتِهِ تَعَلُّقَهُ بِٱلْمَرْهُونِ ، وَفِي قَوْلٍ : كَتَعَلُّقِ ٱلْأَرْشِ بِٱلْجَانِي . فَعَلَى ٱلْأَظْهَرِ : يَسْتَوِي ٱلدَّيْنُ ٱلْمُسْتَغْرِقُ وَغَيْرُهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . .

قال : (**فصل**) :

هـٰذا الفصل ليس له كبير تعلق بـ(باب الرهن) ، لـٰكن الإمام ذكره فرعاً هنا ، والغزالي في أثناء الباب ، فتبعهما معظم الأصحاب .

قال : (**من مات وعليه دين . . تعلق بتركته**) ؛ مراعاة لمصلحة الميت ، فإن وفت التركة بدينه . . لم تكن نفسه مرتهنة به[1] ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة عند يهودي .

قال : (**تعلُّقَه بالمرهون**) وإن كان الأصح انتقالها إلى الوارث مع وجود الدين ؛ لأن ذلك أحوط للميت وأقرب لبراءة ذمته ، فلا يصح تصرف الوراث فيه جزماً ، وهـٰذا هو المفتىٰ به ، بخلاف ما لو تملك اللقطة ومات ولم يظهر رب الدين . . فلا تعلق لذلك بتركته ؛ إذ لو تعلق للزم الحجر لا إلىٰ غاية ، وكذا إذا كان عليه دين وانقطع خبر صاحبه .

قال : (**وفي قول : كتعلق الأرش بالجاني**) ؛ لأن كلاً منهما ثبت بغير رضا المالك .

فعلىٰ هـٰذا : يأتي في التصرف فيه الخلاف في بيع العبد الجاني .

وقال الفوراني : كحجر الفلس ، واختاره ابن الرفعة .

قال : (**فعلى الأظهر : يستوي الدين المستغرق وغيره في الأصح**) ؛ نظراً للميت وتوفيةً بقاعدة الرهن .

والثاني : إن كان الدين أقل . . نفذ تصرف الوارث إلىٰ أن يبقىٰ قدر الدين ؛ لأن الحجر في مال كثير بشيء حقير بعيد ، وسواء فيما ذكرناه علم الوارث بالدين أم لا .

وعبارة المصنف والرافعي تفهم : أن هـٰذا التفريع مختص بالقول الأول ، وتعليل

---

(١) كذا في (ك) بزيادة : (قاله الماوردي) .

وَلَوْ تَصَرَّفَ ٱلْوَارِثُ وَلاَ دَيْنَ ظَاهِرٌ ، فَظَهَرَ دَيْنٌ بِرَدِّ مَبِيعٍ بِعَيْبٍ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَتَبَيَّنُ فَسَادُ تَصَرُّفِهِ ، لَـٰكِنْ إِنْ لَمْ يُقْضَ ٱلدَّيْنُ . . فُسِخَ . وَلاَ خِلاَفَ أَنَّ لِلْوَارِثِ إِمْسَاكَ عَيْنِ ٱلتَّرِكَةِ وَقَضَاءَ ٱلدَّيْنِ مِنْ مَالِهِ . . . .

الرافعي يقتضيه أيضاً حيث قال : كما هو قياس الدين والمرهون .

ونقل في « المطلب » جريان الخلاف فيه أيضاً إذا قلنا : كتعلق الأرش ، فكان الأولىٰ أن يقول : فعلى القولين .

فلو أدىٰ بعض الورثة بقسط ما ورث . . انفك نصيبه في الأصح ، بخلاف ما إذا رهن عبداً ومات ؛ فإنه لا ينفك إلا بوفاء جميع الورثة في الأظهر .

قال : (**ولو تصرف الوارث ولا دين ظاهر ، فظهر دين بِرَدِّ مبيع بعيب . . فالأصح : أنه لا يتبين فساد تصرفه**) ؛ لأنه كان يجوز له التصرف ظاهراً .

والثاني : يتبين فساده ؛ إلحاقاً للدين الظاهر بالمقارن ، لتقدم سببه .

والخلاف جار فيما لو حفر بئراً فتردىٰ فيها عبد أو بهيمة بعد موته .

وكان الأحسن أن يقول : (ثم طرأ دين) .

قال : (**لـٰكن إن لم يُقض الدين . . فسخ**) ؛ ليصل المستحق إلىٰ حقه .

وقيل : لا ينفسخ بل يطالب الوراث بالدين ويجعل كالضامن .

قال في « الدقائق » : وقوله : (يُقض) هو بضم الياء ؛ ليعم قضاء الوارث والأجنبي ، ولو عبر بالسقوط . . لعم الإبراء أيضاً .

قال : (**ولا خلاف أن للوارث إمساك عين التركة وقضاء الدين من ماله**) ؛ لأنه خليفة المورث ، والمورث كان له ذلك ، ولأنه قد يكون له غرض صحيح فيه ولا ضرر على الغرماء فيه .

فلو أوصىٰ ببيعها في وفاء دينه . . عمل بوصيته ، ولو كانت أقل من الدين وأراد الوراث أخذها بقيمتها وأراد رب الدين بيعها رجاء زيادة من راغب . . فوجهان : أصحهما : المجاب الوارث ؛ لأن الظاهر : أنها لا تشترىٰ بأكثر من القيمة ، وللناس غرض في إخفاء تركة مورثهم ، وفيه نظر .

وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّ تعَلُّقَ ٱلدَّيْنِ بِٱلتَّرِكَةِ لاَ يَمْنَعُ ٱلإِرْثَ ، فَلاَ يَتَعَلَّقُ بِزَوَائِدِ ٱلتَّرِكَةِ كَكَسْبٍ وَنِتَاجٍ . ...

قال : (**والصحيح : أن تعلق الدين بالتركة لا يمنع الإرث**) نص عليه الشافعي وأحمد ، كما لو خلف الميت عيناً مرهونة ، ولأن له أداء الدين من غير التركة ، ولأنه لو كان باقياً علىٰ ملك الميت . . لوجب أن يرثه من أسلم أو عتق من أقاربه قبل قضاء الدين ، وأن لا يرثه من مات قبل القضاء من التركة .

والثاني ـ ونقل عن القديم وهو مذهب مالك ـ : أنه يمنع ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ .

وأجاب الشيخ عز الدين بن عبد السلام بأن المعنى : المقادير لا المقدر ؛ لأنه لما بين للزوجة الثمن . . كأنه قال : لا تعتقدوا أن الثمن من أصل المال بل هو من الذي يفضل بعد وفاء الدين .

وقال أبو حنيفة : إن كان الدين مستغرقاً . . منع مطلقاً ، وإن كان غير مستغرق . . لم يمنع مطلقاً .

وكان الصواب : التعبير بالأظهر أو الجديد ؛ لما علم من كون المسألة ذات قولين .

قال : (**فلا يتعلق بزوائد التركة ككسب ونتاج**) ؛ لما تقدم من : أن زوائد المرهون لا تكون مرهونة ، فإن قلنا : الدين يمنع انتقالها . . تعلق بزوائدها ؛ لبقائها علىٰ ملك الميت .

تتمة :

استعار عبداً ليرهنه من واحد فرهنه من اثنين ، أو ليرهنه من اثنين فرهنه من واحد . . قال المتولي وغيره : يصح ، وقال البغوي : لا يصح ، وصححه الرافعي .

والظاهر : أن الجواز في الأول مفرع علىٰ أنه لا يجب تعيين المرهون عنده ، أما إذا قلنا بتعيينه . . فيتعين ما عينه .

* * *

خاتمة

قال الشيخ : غلط جماعة من المفتين والقضاة في زماننا في فرع ، ووقع البحث فيه مع من وقع البحث معه حتىٰ رجع ، وهو : إذا كان الدين على الميت للوارث . . ظنوا أنه يسقط منه بقدر إرثه ، حتىٰ إذا كان حائزاً . . يسقط الجميع .

والصواب : أن يقال : يسقط من دين الوارث ما يلزمه أداؤه من ذلك الدين لو كان لأجنبي[1] ، وهو نسبة إرثه من الدين إن كان مساوياً للتركة أو أقل ، ومما يلزم الورثة أداؤه إن كان أكثر ، ويستقر له نظيره من الميراث ، ويقدر أنه أخذ منه ثم أعيد إليه عن الدين ، وهـٰذا سبب سقوطه وبراءة ذمة الميت منه ، ويرجع علىٰ بقية الورثة ببقية ما يجب أداؤه علىٰ قدر حصصهم ، وقد يفضي الأمر إلى التقاص إذا كان الدين لوارثين .

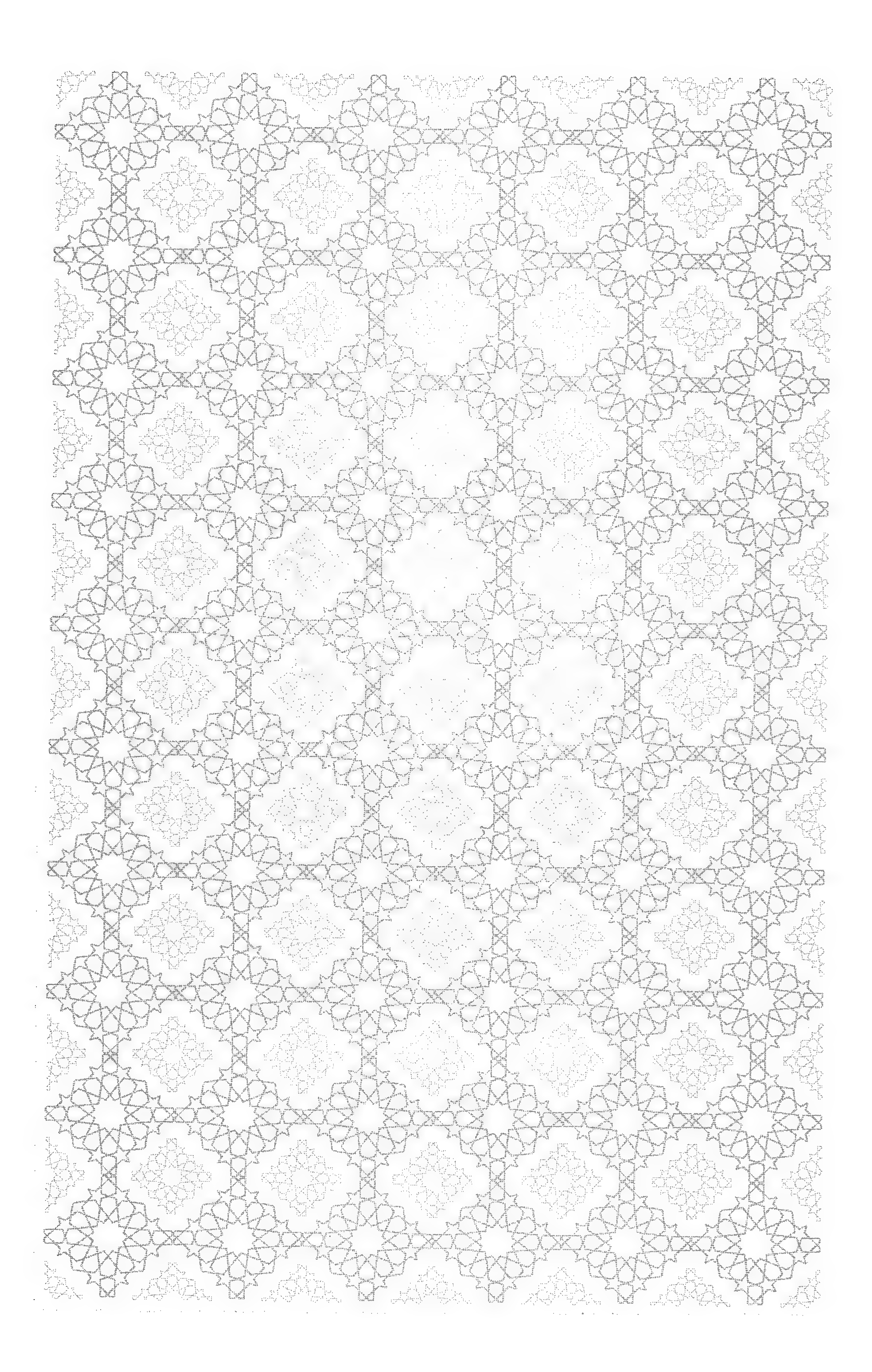
* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .





كِتَابُ التَّفْلِيسِ



كِتَابُ ٱلتَّفْلِيسِ

مَنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ حَالَّةٌ زَائِدَةٌ عَلَىٰ مَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيْهِ . . . .

كتاب التفليس

هو في اللغة : النداء على المفلس وشهرته بصفة الإفلاس .

وفي الشرع : جعل القاضي من عليه الدين مفلساً بمنعه من التصرف في ماله .

وأفلس الرجل : صار ماله فلوساً ، كأجنب أي : صار جنباً ، وقيل : صار إلىٰ حالة يقال فيها : ليس معه فلس ، إذا ذهب ذهبه وفضت فضته .

وافتتح الباب في « المحرر » بما روى الدارقطني [٤/ ٢٣٠] وصحح الحاكم [٣/ ٢٧٤] عن كعب بن مالك رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر علىٰ معاذ ، وباع ما له في دين كان عليه ، وقسمه بين غرمائه ، فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم ، فقال لهم النبي صلى الله عليه وسلم : « ليس لكم إلا ذلك » ثم بعثه إلى اليمن وقال : « لعل الله يجبرك ويؤدي عنك دينك » فلم يزل باليمن حتىٰ توفي النبي صلى الله عليه وسلم)(١) .

وبما روىٰ مسلم [١٥٥٩/ ٢٤] عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها . . فهو أحق بها من الغرماء » وهو أصرح من الرواية المشهورة : « أيما رجل مات أو أفلس . . فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه »(٢) ؛ فإن الحنفي يحمله على المغصوب والعواري .

قال : (**من عليه ديون حالة زائدة علىٰ ماله يحجر عليه**) ؛ للحديث المتقدم .

والمراد بـ(الديون) : الجنس ؛ لأن الدين الواحد يحجر به ، فلو لم يكن عليه إلا

---

(١) الحديث بهٰذا اللفظ عند الحاكم فقط إلا قوله : «ليس لكم إلاّ ذلك» فهي من حديث آخر في «مسلم» وغيره ، وعند الدارقطني أول الحديث حتىٰ قوله : «في دين كان عليه» .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٣٦٠) .

ديون مؤجلة وطلب أصحابها الحجر ، وقلنا بالإفلاس بحل الديون . . لم يحجر عليه بها على الأصح ؛ لأن طلب الحجر فرع طلب الدين والمؤجل لا يطلب .

وعبارة المصنف تقتضي : أنه لا يحجر عليه إذا لم يكن له مال ، وتوقف فيه الرافعي .

قال : وجاز أن يقال : يجوز ؛ منعاً له من التصرف فيما عساه يحدث له باصطياد أو اتهاب[1] .

وقوله : (يحجر عليه) أي : يجب على الحاكم ذلك ، كما صرح به في زوائد « الروضة » عن الأصحاب ، وعبر في « المحرر » ـ تبعاً للإمام وغيره ـ بجوازه ، فعدل عنها المصنف لذلك .

قال : ولعل مرادهم : أن القاضي يفعل المصلحة من الحجر والبدار إلى البيع[2] .

قال : (**بسؤال الغرماء**) ؛ لأن ذلك لمصلحتهم ، فإنه قد يخص بعضهم بالوفاء فيضر بالباقين ، وقد يتصرف فيه فيضيع حق الجميع .

قال في « الكفاية » : ومن هاذه العلة يستنبط : أن المال لو كان مرهوناً . . امتنع الحجر[3] ، ولم أقف عليه منقولاً .

ولفظ (المال) يطلق على الأعيان وعلى الديون كما صرحوا به في (الأيمان) ، وعلى المنافع كما صرح به الرافعي في (الوصية) .

---

(١) في هامش (ك) : (قال ابن الرفعة : وهو مخالف لنص الشافعي وللقياس ؛ إذ ما يحدث له إنما يحجر عليه تبعاً للموجود ، وما جاز تبعاً لا يجوز قصداً ، كيف وهو لا يلزمه فعل ذلك؟!) .

(٢) في هامش(ك) : (هاذه ليست عبارة « الروضة » ، وعبارتها وقول كثير منهم : فللقاضي الحجر ، ليس مرادهم : أنه مخير فيه ، أي : بل إنه جائز بعد امتناعه وهو صادق بالواجب) .

(٣) في هامش (ك) : (تتمته : إلا أن يكون في المال رقيق وقلنا : ينفذ عتقه ، وإن كان مرهوناً . . امتنع ، وجوابه : أن المرتهن قد يأذن له في التصرف أو بفك الرهن فيحصل الضرر .
نعم ؛ إن فرضه مرهوناً عند كل الغرماء . . اتجه بعض اتجاهٍ لـٰكنه ضعيف أيضاً ؛ فإنَّ بعض الغرماء قد يبرىءُ من دينه ، وبتقدير أن لا يبرىء فقد تكون حصته من المرهون أكثر من دينه فيفك الرهن عنه فيحصل المحذور) .

فأما اعتبار العين . . فواضح ، لـٰكن ما لا يصل إلى الأداء منه كالمغصوب والغائب ينبغي عدم اعتباره[١] ، والدين إن كان حالاً علىٰ مليء مقر . . اعتبر ، وإلا . . فلا .

وأما المنفعة . . فلا اعتبار بها كما سيأتي في الكلام علىٰ إيجار أم الولد الموقوفة .

والمراد : الغرماء المطلقون التصرف ، أما المحجور عليهم . . فسيأتي حكمهم .

قال شيخنا : وفي الحجر بدين الله تعالىٰ إذا طلبه من له طلبه نظر[٢] ، وكذا الحجر بالدين على الصبي ونحوه ، وعبارة المصنف تشمله ، فإن رأينا الحجر به . . حجر على الولي في مال المحجور عليه[٣] ، أما المكاتب . . فلا يحجر عليه بالتماس السيد النجوم ؛ لأنه متمكن من إسقاطها .

و(الغرماء) : جمع غريم ، وقد تقدم ذكره في (صلاة الجماعة) .

قال : (**ولا حجر بالمؤجل**) ؛ لأنه لا يطالب به الآن .

ولو كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً ، فإن كان الحال قدراً يحجر به . . حجر ، وإلا . . فلا .

قال : (**وإذا حجر بحالٍّ . . لم يحل المؤجل في الأظهر**) ؛ لأن الأجل حق مقصود له فلا يفوت عليه ، وهـٰذا نص « المختصر » .

والثاني : يحل كالموت ، وبه جزم في « البويطي » ، لـٰكن تعبيره بـ(الأظهر) مخالف لتعبير « الروضة » بـ(المشهور) .

وأجاب الشيخ عن الأول بأن ذمة الميت خربت .

وإذا قلنا : يحل المؤجل بالإفلاس ، فإذا أزيل عنه الحجر وبقي بعض الأجل . . قال القفال : يعود الحق مؤجلاً ، وهـٰذا فرع غريب في تأجيل الحال ، وهو مبني علىٰ مسألة الزائل العائد .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (لـٰكن صرح الرافعي في « الأيمان » بأنه لا يحجر بدين الله تعالىٰ) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ كَانَتِ ٱلدُّيُونُ بِقَدْرِ ٱلْمَالِ ، فَإِنْ كَانَ كَسُوباً يُنْفِقُ مِنْ كَسْبِهِ . . فَلاَ حَجْرَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوباً وَكَانَتْ نَفَقَتُهُ مِنْ مَالِه . . فَكَذَا فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وفي الحلول بالجنون ثلاث طرق :

أحدها : يحل به ؛ لأنه لا استقلال له كالميت وقيمه كالوارث .

والثاني : لا يحل به ؛ لأن قيم المجنون له أن يبتاع له بثمن مؤجل عند ظهور المصلحة ، فإذا لم يمنع الأجل ابتداء . . فأولىٰ أن لا يقطعه دواماً .

والثالث : قولان ، والأصح : أنه لا يحل مطلقاً .

قال الشيخ : ولم يصرح الرافعي بتصحيح في ذلك ، لٰكنه الذي يفهم من كلام الأصحاب[1] .

ووقع في « الروضة » : ولو جن وعليه مؤجل . . حل على المشهور وهو مكتوب علىٰ كشط ومضروب عليه ، ثم كشط الضرب .

قال الشيخ : ولا ريبة في أن الصحيح : عدم الحلول .

وفي الحلول باسترقاق الحربي خلاف مرتب على المفلس[2] ، وأولىٰ بالحلول .

ويحل الدين أيضاً بالردة المتصلة بالموت ، كما اتفقوا علىٰ أنه يحل بالموت ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ذمة الميت معلقة بدينه حتىٰ يقضىٰ عنه »[3] .

قال : (**ولو كانت الديون بقدر المال ، فإن كان كسوباً ينفق من كسبه . . فلا حجر**) ؛ لأنه لا حاجة إليه ، بل يأمره بقضاء الدين .

قال : (**وإن لم يكن كسوباً وكانت نفقته من ماله . . فكذا في الأصح**) ؛ لتمكنهم من المطالبة في الحال .

---

(١) في هامش (ك) : (وهٰذا هو الذي فهمه القونوي فقال : ولا يحل بالجنون ؛ لأن للقيم أن يبتاع للمجنون بثمن مؤجل عند ظهور المصلحة ، فإذا لم يمنع الجنون التأجيل ابتداءً . . فلأن لا يقطع الأجل دواماً أولىٰ) .

(٢) في هامش(ك) : (ذكره الرافعي في « السير » ، وجزم بالحلول في « الكتابة » ونقله عن النص) .

(٣) أخرجه الحاكم (٢/ ٢٦) ، والترمذي (١٠٧٨) ، وابن ماجه (٢٤١٣) ، وأحمد (٢/ ٥٠٨) .

وَلاَ يُحْجَرُ بِغَيْرِ طَلَبٍ . وَلَوْ طَلَبَ بَعْضُهُمْ وَدَيْنُهُ قَدْرٌ يُحْجَرُ بِهِ . . حُجِرَ ، وَإِلاَّ . . فَلاَ . وَيُحْجَرُ بِطَلَبِ ٱلْمُفْلِسِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

والثاني : يحجر ؛ لئلا يذهب ماله ، واختاره الإمام .

قال : (**ولا يحجر بغير طلب**) ؛ لأن الحق لهم وهم أعرف بمصالحهم ، فلو كانت الديون لمجانين أو صبيان أو محجور عليهم بسفه . . حجر لمصلحتهم بلا التماس ، ولا يحجر لدين الغائبين ؛ لأنه لا يستوفىٰ ما لهم في الذمم ، إنما تحفظ أعيان أموالهم ، علىٰ أن في المسألة تناقضاً بيَّنه في « المهمات » .

قال : (**ولو طلب بعضهم ودينه قدر يحجر به . . حجر**) ؛ لئلا يضيع حقه بتكاسل غيره ، ولأنه كجميع الغرماء إذا طلبوا ، ثم لا يختص الحجر به بل يعم أثره الجميع .

والمراد بكونه (يحجر به) : أن يكون زائداً علىٰ ماله ، أو مساوياً له على الوجه المتقدم[1] .

قال : (**وإلا . . فلا**) أي : إذا لم يكن دين الطالب زائداً على الأصح ، ولا مساوياً له علىٰ ذلك الوجه . . فلا حجر ؛ لأن دين الطالب ممكن وفاؤه بكماله ولا ضرر إلىٰ طلب الحجر ، هـٰذا هو المشهور .

واختار الجويني والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ والمتولي : أنه يحجر به ، وقواه المصنف .

قال : (**ويحجر بطلب المفلس في الأصح**) ؛ لأن له فيه غرضاً ظاهراً .

وفي « الرافعي » : أن الحجر علىٰ معاذ رضي الله عنه كان بسؤاله[2] ، وهـٰذا لم يثبت ، بل في « النهاية » : أنه كان بسؤال الغرماء[3] .

والثاني : لا يحجر ؛ لأن الحرية والرشد ينافيان الحجر ، وإنما جوز بسؤال الغرماء للضرورة ، واختاره الشيخ ، قال : وصورة المسألة : أن يثبت الدين بدعوى

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٢) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٣) في هامش(ك) : (قال الزركشي : ما قاله الرافعي أصوب) .

الغرماء وإقامتهم البينة علىٰ إقراره ولم يطلبوا الحجر ، ويطلب هو ، أو كان القاضي عالماً بثبوت الدين وقلنا : يعتمد العلم ، أما بدون ذلك . . فلا يكفي طلب المفلس[١] .

قال : (**وإذا حجر . . تعلق حق الغرماء بماله**) كالرهن ؛ لأن ذلك فائدة الحجر سواء كان ماله عيناً أو ديناً أو منفعة .

قال شيخنا : وفي تعلقه بالدين المؤجل حتىٰ لا يصح الإبراء منه نظر ظاهر ، والظاهر : خلافه[٢] .

فعلىٰ هـٰذا : إذا حل . . هل يتعلق به جزماً ، أو يتخرج على الخلاف في الأموال الحادثة؟ فيه نظر .

ومعنىٰ (التعلق بماله) : أنه لا ينفذ تصرفه فيه بما يضر الغرماء ، ولا تزاحمه الديون الحادثة .

واحترز بـ(حق الغرماء) عن ديون الله تعالىٰ كالزكاة والكفارات والنذور ؛ فإنها لا تتعلق بماله كما جزم به الشيخان في الباب الثاني من (كتاب الأيمان) بعد ذكرهما الأقوال في اجتماع حق الله تعالىٰ وحق الآدمي ، وقالا : إن الأقوال لا تجري في المفلس ، بل يقدم حق الآدمي ما دام حياً .

قال الشيخ : ولم يحتج المصنف إلىٰ ذكر المنع من التصرف كما ذكره غيره ؛ لأن ذلك حقيقة الحجر .

قال : فإن قلت : الصحيح عند الرافعي والمصنف : أنه يحجر بسؤال المفلس ، وذلك يدل علىٰ أن الحجر لنفسه . . فالجواب أنه لأجل الغرماء وإن جاز بسؤاله ؛ لأن من مصلحته وفاء ديونه .

قال : (**وأشهد علىٰ حجره ليحذر**) وهـٰذا الإشهاد مندوب على الأصح .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ك) : (هو المعتمد ، وما قاله شيخه ضعيف) .

وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَوْ أَعْتَقَ . . فَفِي قَوْلٍ : يُوقَفُ تَصَرُّفُهُ ، فَإِنْ فَضَلَ ذَلِكَ عَنِ ٱلدَّيْنِ . . نَفَذَ ، وَإِلاَّ . . لَغَا ، وَٱلأَظْهَرُ : بُطْلاَنُهُ . وَلَوْ بَاعَ مَالَهُ لِغُرَمَائِهِ بِدَيْنِهِمْ . . بَطَلَ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وقيل : واجب .

وقيل : شرط لا يصح الحجر إلا به .

والحاكم مخير في صيغة الحجر بين أن يقول : وقفت عليك مالك ومنعتك من التصرف ، وأن يقول : حجرت عليك ومنعتك من التصرف .

ويستحب مع الإشهاد النداء عليه ، ولم يقل أحد بوجوبه .

قال : (**ولو باع أو وهب أو أعتق . . ففي قول : يوقف تصرفه**) ؛ لأنه محجور عليه لحق الغرماء ، فيكون تصرفه موقوفاً كالمريض ، وكذلك الحكم في وقفه وإجارته وغيرهما ، ويصح تدبيره ووصيته ؛ لنفوذهما بعد الموت .

قال : (**فإن فضل ذلك عن الدين . . نفذ**) كما إذا حصل إبراء أو بيع بزيادة ثمن .

قال : (**وإلا . . لغا**) أي : الجميع إن لم يفضل شيء ؛ إلحاقاً له بالمريض ، فإن فضل شيء لبعضها فقط . . لغا الأضعف فالأضعف ، فيلغو الرهن ثم الهبة ثم البيع ثم الكتابة ثم الوقف ثم العتق ، كذا في « الروضة » .

وفي « المهذب » : يحتمل عندي نقض الآخر فالآخر كالمريض ، وصرح في « المطلب » بأن هـٰذا القول غير القول بوقف العقود المنسوب إلى القديم ، فإن ذاك إنما تحصل فيه الصحة أو الملك من حين الإجازة ، وهنا يتبين أنه صح وملك من حين العقد ، ومع هـٰذا القول لا يسوغ للمفلس الإقدام على التصرف ، بل يمنعه قولاً واحداً .

قال : (**والأظهر : بطلانه**) ؛ قياساً على الرهن ، وبه قال مالك والمزني ، ولأنه محجور عليه بحكم الحاكم فلا يصح تصرفه علىٰ مراغمة مقصود الحجر كالسفيه .

قال : (**ولو باع ماله لغرمائه بدينهم . . بطل في الأصح**) ؛ لاحتمال أن يكون له غريم آخر فلا يصح من غير مراجعة القاضي .

فَلَوْ بَاعَ سَلَماً أَوِ ٱشْتَرَىٰ فِي ٱلذِّمَّةِ . . فَٱلصَّحِيحُ : صِحَّتُهُ ، وَيَثْبُتُ فِي ذِمَّتِهِ . وَيَصِحُّ نِكَاحُهُ وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ . . . .

والثاني : يصح كبيع الرهن للمرتهن ، والوجهان مفرعان على الأظهر : أن بيعه للأجنبي باطل ، فإن قلنا : يصح للأجنبي موقوفاً . . فههنا يصح جزماً .

وظاهر عبارته : أن الخلاف في بيع جميع ماله فقط وليس كذلك ، بل البعض كالجميع ، فكان الصواب حذف لفظة (ماله) .

وقوله (بدينهم) : احترز به عما إذا باعه ببعضه أو بعين . . فإنه كالبيع من الأجنبي .

وصورة المسألة : أن يكون دينهم من نوع واحد ، وباعهم بلفظ واحد ، فإن باعهم مرتباً . . بطل جزماً ، وإن باعهم معاً ودينهم مختلف . . بطل على الأصح[1] .

ولو باع الأجنبي بإذن الغرماء . . لم يصح أيضاً على الأصح .

قال : (**فلو باع سلماً أو اشترىٰ في الذمة . . فالصحيح : صحته ، ويثبت في ذمته**)[2] ؛ لأنه لا ضرر على الغرماء فيه .

والثاني : لا يصح كالسفيه ، وكذلك الحكم في البيع الوارد على الذمة والقرض والإجارة ، فلو قال : (فلو تصرف في ذمته) كما عبر الرافعي . . كان أولىٰ .

وقوله : (فالصحيح صحته) صوابه : فالمشهور ؛ لأن الثاني قول شاذ .

قال : (**ويصح نكاحه وطلاقه وخلعه**) ؛ إذ لا تعلق لذلك بالمال ، والمراد : خلع الزوج ، أما خلع الزوجة أو الأجنبي . . فلا ينفذهما في العين ، وفي الدين الخلاف في السلم ونحوه[3] .

وقال الغزالي في « الخلاصة » : لا يتناول الحجر الطلاق ولا الإقرار بالنسب ، ولا القصاص ، ولا الاستيلاد ، وبمثل ذلك عبر الشيخ أبو محمد في « مختصر

---

(١) في (ت) : (على الصحيح) .
(٢) في (ج) : (ويثبت في الذمة دينه) .
(٣) في (ز) : (وفي الدين الخلاف المشهور في السلم) .

وَٱقْتِصَاصُهُ وَإِسْقَاطُهُ . وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ أَوْ دَيْنٍ وَجَبَ قَبْلَ ٱلْحَجْرِ . . فَٱلْأَظْهَرُ : قَبُولُهُ فِي حَقِّ ٱلْغُرَمَاءِ . . . .

المختصر »[1] ، ومسألة الاستيلاد غريبة لا تعرف إلا في هـٰذين الكتابين[2] .

قال : (**واقتصاصه**) ؛ لما تقدم مع التشفي ، والمراد : أنه إذا طلبه أجيب .

قال : (**وإسقاطه**) أي : ولو مجاناً في الأصح ؛ لأنه مندوب إليه ، وقد ذكره المصنف قبيل (الديات) .

والثاني : لا ؛ لأن فيه تضييعاً لحق الغرماء .

قال : (**ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر . . فالأظهر : قبوله في حق الغرماء**) .

أما قبوله بالنسبة إليه . . فلا خلاف فيه ؛ لأن المكلف يؤاخذ بإقراره ، والقولان في قبوله في حق الغرماء أظهرهما ـ كما قال ـ : يقبل كإقرار المريض بدين يزاحم به الغرماء ، ولأن ضرره في حقه أكثر فلا يتهم فيه .

وعلىٰ هـٰذا : لو أراد الغرماء تحليفه عليه . . لم يحلف ؛ لأنه لو امتنع . . لم يفد ؛ إذ لا يقبل رجوعه ، وفي « فتاوى البغوي » وجه : أنه يحلف ويصح رجوعه .

والقول الثاني : لا يقبل إقراره في حقهم ؛ لأن فيه إضراراً بهم ، ولأنه ربما واطأ المقر له ، ولا فرق في الدين بين أن يطلقه أو يسنده لمعاملة أو إتلاف .

وقول المصنف : (وجب قبل الحجر) صفة للدين ، ولا فرق في العين بين أن تكون مغصوبة أو عارية أو مستامة أو وديعة .

وفائدة القبول في الدين : مزاحمة الغرماء ، وفي العين : تسليمها إليه .

وتعبيره بـ(الوجوب) أولىٰ من تعبير « المحرر » و« الروضة » بـ(اللزوم) ؛ ليدخل فيه ما وجب ، ولـٰكن تأخر لزومه إلىٰ ما بعد الحجر كالثمن في المبيع المشروط فيه الخيار .

---

(١) في(ج) : (في « المختصر » و« السلسلة ») .

(٢) في هامش(ك) : (المعتمد : عدم نفوذ استيلاده كما جزم به الشارح في « أمهات الأولاد ») .

وَإِنْ أَسْنَدَ وُجُوبَهُ إِلَىٰ مَا بَعْدَ ٱلْحَجْرِ بِمُعَامَلَةٍ أَوْ مُطْلَقاً . . لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّهِمْ ، وَإِنْ قَالَ : عَنْ جِنَايَةٍ . . قُبِلَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَهُ أَنْ يَرُدَّ بِٱلْعَيْبِ مَا كَانَ ٱشْتَرَاهُ . . . . . .

ولو أقر بسرقة توجب القطع . . قطع ، وفي رد المسروق القولان ، والقبول هنا أولىٰ ؛ لعدم التهمة .

مهمة :

ادعىٰ عليه بمال لزمه قبل الحجر فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، إن قلنا : النكول ورد اليمين كالبينة . . زاحم ، وإن قلنا : كالإقرار وهو الأظهر . . فعلى القولين ، كذا قاله الشيخان هنا[1] ، وهو وهم ؛ فإن الصحيح في الدعاوىٰ : أن الحكم لا يتعدىٰ إلىٰ ثالث إن جعلناه كالبينة ، بل يكون قاصراً عليهما ، والذي قالاه هنا هو الوجه المرجوح في موضعه ، حتىٰ قال الرافعي في آخر (الشركة) : إن الأئمة اتفقوا علىٰ ضعفه .

قال : (**وإن أسند وجوبه إلىٰ ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً . . لم يقبل في حقهم**) أما الأولىٰ . . فلتقصير من عامله ، وأما الثانية . . فلأن الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن ، وهو ما بعد الحجر ؛ لأنه المتحقق .

واحترز بـ(المعاملة) عما إذا أسنده لجناية وسيأتي .

قال : (**وإن قال : عن جناية . . قبل في الأصح**) كما لو أسند لزومه لما قبل الحجر .

والثاني : لا كما لو قال : عن معاملة ، وكان الأحسن التعبير بـ(المذهب) .

ولو أضاف الجناية إلىٰ ما قبل الحجر . . فكما لو أضاف المعاملة إليه ، وإن أطلق الجناية . . فكما لو أطلق الدين[2] .

قال : (**وله أن يرد بالعيب ما كان اشتراه**)[3] ؛ لأنه من أحكام البيع الأول

---

(١) في هامش(ك) : (وهو الأصح) .

(٢) في هامش(ك) : (هـٰذا تتمة القول الثاني) .

(٣) في هامش(ك) : (فائدة : قال الشيخ جمال الدين : وقوله « ما كان اشتراه » عبر به الرافعي في كتبه ، وهو يوهم : أنه لايرد ما اشتراه في حال الحجر بثمن في الذمة ، وصححاه وفيه بعد=

إِنْ كَانَتِ ٱلْغِبْطَةُ فِي ٱلرَّدِّ . وَٱلأَصَحُّ : تَعَدِّي ٱلْحَجْرِ إِلَىٰ مَا حَدَثَ بَعْدَهُ بِٱلِاصْطِيَادِ وَٱلْوَصِيَّةِ وَٱلشِّرَاءِ إِنْ صَحَّحْنَاهُ ، . . . .

لا تصرف مبتدأ ، قال القاضي حسين : ولا يجبر عليه[1] ، ويؤخذ ذلك من قول المصنف : (وله الرد) ؛ لأنه لم يفوت حاصلاً ، وإنما هو امتناع من الاكتساب .

ولم يصرح الرافعي بهـٰذه المسألة لـٰكنه نقل عن النص : أن المريض إذا اطلع علىٰ عيب فيما كان قد اشتراه في حال صحته فكان الأحوط الرد فتركه . . حسب من الثلث ، فدل علىٰ أنه تفويت ، فينبغي وجوب الرد في مسألة الكتاب[2] .

قال : (**إن كانت الغبطة في الرد**) ؛ عملاً بالمصلحة ، فإن كانت في الإمساك . . لم يرد ، بخلاف الفسخ والإجازة في زمن الخيار ؛ فإنهما جائزان ولو بخلاف الغبطة على الأصح ؛ لأن العقد حينئذ مزلزل فضعف تعلقهم به .

قال في « الشرح الصغير » : ويجيء عليه : أن الرد بالعيب لا يقيد بالغبطة أيضاً ، قال الشيخ : وليس كما قال[3] .

وعبارة المصنف تقتضي : أنه لا يرد إذا لم تكن غبطة أصلاً ، لا في الردة ولا في الإمساك ، وفيه نظر ، وليس في « الشرحين » ولا في « الروضة » تصريح به .

ولو تعذر الرد بحدوث عيب عنده . . استحق الأرش إن لم يرض البائع بالعيب الحادث ، ولا ينفذ إبراؤه منه ؛ لما فيه من إبطال حق الغرماء .

قال : (**والأصح : تعدي الحجر إلىٰ ما حدث بعده بالاصطياد والوصية والشراء إن صححناه**)[4] ؛ لأن المقصود بالحجر وصول الحق إلىٰ مستحقه ، وهـٰذا المعنىٰ

= والمتجه : التسوية . اهـ ، أي : إذا كانت الغبطة في الردّ ، وهو معتمد) .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ك) : (فرق بأن حجر المرض أقوىٰ بدليل أن إذن الورثة في تصرف المريض قبل موته لا يفيد شيئاً ، وإذن الغرماء فيما يفعله المفلس يفيده الصحة والاعتبار .
ويُفرق أيضاً بأن الضرر اللاحق للغرماء بترك الرد قد يجبر بالكسب بعد ، بخلاف الضرر اللاحق للورثة بذلك) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش (ك) : (**فائدة** : قال الشيخ جمال الدين : وإذا قلنا بالتعدي فهل يشترط فيه أن=

وَأَنَّهُ لَيْسَ لِبَائِعِهِ أَنْ يَفْسَخَ وَيَتَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَتَاعِهِ إِنْ عَلِمَ ٱلْحَالَ ، وَإِنْ جَهِلَ . . فَلَهُ ذَلِكَ ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ ٱلتَّعَلُّقُ بِهَا . . لاَ يُزَاحِمُ ٱلْغُرَمَاءَ بِٱلثَّمَنِ . . . .

يقتضي شمول الحجر للمال الحادث أيضاً .

والثاني : لا يتعدىٰ ؛ لأنه لم يكن موجوداً حالة الحجر .

وقيل : الوجهان فيما ملكه بالشراء ، وما عداه يتعدىٰ إليه الحجر جزماً .

قال : (**وأنه ليس لبائعه أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال ، وإن جهل . . فله ذلك**) ؛ لأن الإفلاس كالعيب فيفرق فيه بين العلم والجهل .

والثاني : له ذلك مطلقاً ؛ لتعذر الوصول إلى الثمن ، كما لو تزوجت فقيراً عالمة بحاله . . فإن لها الفسخ بإعساره بالنفقة .

والثالث : لا مطلقاً ؛ لتقصيره بترك البحث والسؤال .

قال : (**وأنه إذا لم يكن التعلق بها**) أي : إذا قلنا : ليس له التعلق بعين ماله ، فـ(كان) في عبارته تامة بمعنىٰ يثبت ، وعبارة « المحرر » : (إذا لم يكن له) فحذف المصنف (له) اختصاراً فالتبس علىٰ بعض النساخ فكتب (إذا لم يمكن)[1] وفي كلٍ منهما نقص وإيهام .

قال : (**. . لا يزاحم الغرماء بالثمن**) ؛ لأنه دين حدث بعد الحجر برضا مستحقه ، فلا يزاحم الغرماء به ؛ قياساً علىٰ دين الصداق والضمان ، والديون التي هـٰذا شأنها لا يزاحم مستحقها الغرماء الأولين ، فإن فضل شيء عن ديونهم . . أخذه .

والثاني : يزاحم ؛ لأن الغرماء ملكوا المبيع في مقابلة مزاحمته ، بخلاف الصداق ونحوه .

وقيل : لا يزاحم إلا بثمن المبيع خاصة .

= لا يزيد بالدفع للحادث على الديون كما في الابتداء ، أو لا فرق اعتباراً بما يقع في الدوام؟ فيه نظر ، والثاني هو مقتضىٰ إطلاق المصنف) اهـ

(١) في هامش (ك) : (هـٰذا هو الذي في النسخ المعتمدة) .

فَصْلٌ :

يُبَادِرُ ٱلْقَاضِي بَعْدَ ٱلْحَجْرِ بِبَيْعِ مَالِهِ وَقَسْمِهِ بَيْنَ ٱلْغُرَمَاءِ ، . . . .

تتمة :

لو حدث دين تقدم سببه قبل الحجر كانهدام ما أجره المفلس وقبض أجرته وأتلفها . . صارت به مستحقة ، سواء حدث قبل القسمة أو بعدها .

وأما الديون المتجددة بسبب مؤنات المال التي من مصلحة الحجر كأجرة الدلال والكيال والحمال والمنزل الذي يوضع المتاع فيه . . فتقدم على الغرماء إذا لم يوجد متبرع بها ، ولم يتيسر صرفها من بيت المال .

قال : (**فصل :**

يبادر القاضي بعد الحجر ببيع ماله) ؛ لأن المفلس يتضرر بطول الحجر والغريم بتأخر الحق ، لـٰكن لا يفرط في الاستعجال ؛ كيلا يطمع فيه بثمن بخس .

روىٰ مالك [١٤٦٠] عن عمر رضي الله عنه أنه قال : (ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة ، رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج فادان معرضاً ـ أي : عن الوفاء ، وقيل : اعترض الناس فادَّان منهم فأصبح وقد دين به أي : وقع فيما لا يقدر على الخروج منه ـ فمن كان له عنده شيء . . فليحضر غداً ؛ فإنا بائعوا ماله وقاسموه بين غرمائه) ولم يخالفه أحد فكان إجماعاً .

وجزم الرافعي بأن هـٰذه المبادرة مستحبة ، وبه صرح في « البسيط »[1] ، وعبارة « الوسيط » و « الوجيز » تفهم الوجوب ، قال الشيخ : وهو الأولىٰ لحق الغرماء ، ولا يختص ذلك بالمفلس ، بل كل مديون ممتنع يبيع القاضي عليه .

وإذا رأى القاضي أن لا يبيع ماله ويجبره علىٰ بيعه بنفسه بالحبس والتعزير . . فله ذلك على الصحيح .

قال : (**وقسمه بين الغرماء**) ؛ لأن ذلك مقصود الحجر ، ويجب على القاضي إذا قسم أن يقسم بنسبة ديونهم ، لـٰكن المكاتب إذا حجر عليه وعليه نجوم وأرش جناية

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيُقَدِّمُ مَا يَخَافُ فَسَادَهُ ، ثُمَّ ٱلْحَيَوَانَ ، ثُمَّ ٱلْمَنْقُولَ ، ثُمَّ ٱلْعَقَارَ . وَلْيَبِعْ بِحَضْرَةِ ٱلْمُفْلِسِ وَغُرَمَائِهِ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ، . . . .

ودين معاملة . . الأصح : تقديم دين المعاملة ثم الأرش ثم النجوم ، بخلاف المديون إذا كان غير محجور عليه فيقسم كيف شاء ، كذا أطلقوه .

قال الشيخ : وهو ظاهر بالنسبة إلىٰ صحة التصرف ، ولـٰكن ينبغي إذا استووا وطالبوا وحقهم على الفور . . أن تجب التسوية[١] .

وهل يكتفي القاضي في البيع باليد أو لا بد من ثبوت الملك؟ قال الشيخ : فيه وجهان : أصحهما : الأول .

قال : (**ويقدم ما يخاف فساده ، ثم الحيوان ، ثم المنقول ، ثم العقار**) ؛ لما في الترتيب من الاحتياط الواضح ، ويقدم الملبوس على الأواني ، والبناء على الأراضي ، ولا يخفىٰ أن ما تعلق بعينه حق كالمرهون والجاني ومال القراض يقدم بيعه علىٰ ما لم يخف فساده .

قال : (**وليبع بحضرة المفلس وغرمائه**)[٢] أي : ندباً ؛ لأنه أنفىٰ للتهمة ، ولأن الغرماء قد يزيدون في السلعة ، والمفلس يبين ما في ماله من العيب فلا يرد ، وهـٰذا الأمر للاستحباب .

و(الحضرة) مثلثة الحاء .

قال : (**كل شيء في سوقه**) ؛ لأن طالبه فيه أكثر ، وهـٰذا مستحب أيضاً ومحله ـ كما قال الإمام ـ : إذا لم يكن لنقله مؤنة ، وإلا . . استدعىٰ أهل السوق إليه إن رآه مصلحة[٣] .

ويستحب للحاكم أن يقيم دلالاً يرضاه المفلس والغرماء .

و(السوق) مؤنثة على المشهور ، مشتقة من سوق الناس بضائعهم إليها ، وهي مأوى الشيطان وبها باض وفرخ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) (مثل المفلس اللاوي) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

بِثَمَنِ مِثْلِهِ ، حَالاً ، مِنْ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ ٱلدَّيْنُ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ ٱلنَّقْدِ وَلَمْ يَرْضَ ٱلْغَرِيمُ إِلاَّ بِجِنْسِ حَقِّهِ . . ٱشْتَرَىٰ ، وَإِنْ رَضِيَ . . جَازَ صَرْفُ ٱلنَّقْدِ إِلَيْهِ إِلاَّ فِي ٱلسَّلَمِ . وَلاَ يُسَلِّمُ مَبِيعاً قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ . . . .

قال : (**بثمن مثله ، حالاً ، من نقد البلد**) هـٰذا واجب ؛ لأنه أسرع إلىٰ قضاء حقوقهم .

فإن رضي المفلس والغرماء بالبيع نسيئة . . قال المتولي : جاز[1] ، وقال الشيخ : فيه نظر ؛ لاحتمال غريم آخر .

وكونه من نقد البلد واجب إلا في صورتين :

إحداهما : إذا رضي المفلس والغرماء بغيره . . فيجوز .

والثانية : إذا رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوق الغرماء . . جاز ، وقد سبق مثله في(الرهن) ، وفيما سوىٰ هاتين الصورتين لا يبيع إلا بنقد البلد ، سواء كانت الديون من جنسه أم لا .

قال : (**ثم إن كان الدين من غير جنس النقد ولم يرض الغريم إلا بجنس حقه . . اشترىٰ**) له ؛ لأنه واجبه .

قال : (**وإن رضي . . جاز صرف النقد إليه إلا في السلم**) ؛ فإن الاعتياض فيه غير جائز ، لـٰكن ترد عليه النجوم فليس للسيد الاعتياض عنها في الأصح ، وكذا المنفعة الواجبة في إجارة الذمة في الأصح ؛ لأن الأصح فيها تغليب المعنىٰ وهو السلم .

قال : (**ولا يسلم مبيعاً قبل قبض ثمنه**) ؛ لأنه يتصرف لغيره فيحتاط ، فإن سلم . . ضمن ، كذا أطلقه في « الروضة » هنا .

قال الشيخ : هـٰذا في الوكيل والولي والوصي والعدل ، أما الحاكم . . فلم أر تصريحاً به ، وينبغي إن اعتقده باجتهاد أو تقليد صحيح . . لم يضمن ، وإن فعله جهلاً أو معتقداً تحريمه . . ضمن وانعزل .

وقيل : من سلم بإذن الحاكم . . لا يضمن ، وحيث وجب الضمان يضمن القيمة ، وقيل : الثمن ، وقيل : أقلهما .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمَا قَبَضَ . . قَسَمَهُ بَيْنَ ٱلْغُرَمَاءِ إِلاَّ أَنْ يَعْسُرَ لِقِلَّتِهِ فَيُؤَخِّرَ لِيَجْتَمِعَ . وَلاَ يُكَلَّفُونَ بَيِّنَةً بِأَنْ لاَ غَرِيمَ غَيْرُهُمْ ، . . . .

ولو نصب الحاكم أميناً حتىٰ باعه فخرج مستحقاً . . فالأصح : أنه لا يكون طريقاً في الضمان .

ووقع في « الفتاوىٰ » : أن القاضي إذا باع شيئاً من مال المفلس أو غيره ثم نسي المشتري هل يضمن؟

وأجيب بأنه لا يضمن بخلاف الوكيل ؛ لأن القاضي نائب الشرع ولم يجعل طريقاً للضمان ، وعبارة المصنف تقتضي : أنه يضمن[1] ؛ لتقصيره بالتسليم قبل قبض الثمن .

قال : (**وما قبض . . قسمه بين الغرماء**) ؛ لتبرأ بذلك ذمته ، ويصل الحق إلىٰ أهله ، وهـٰذا مندوب .

قال : (**إلا أن يعسر لقلته فيؤخر ليجتمع**) فذلك أولىٰ ، فيودعه أميناً إن لم يجد أميناً موسراً يقرضه ، فإن لم يرض الغرماء بالتأخير . . ففي « النهاية » أنه يجيبهم واختاره الشيخ .

وقال الرافعي : الظاهر خلافه[2] ، فإن كان الغريم واحداً . . سلم إليه ما يتحصل ؛ لأن ذلك أولىٰ من إقراضه .

قال : (**ولا يكلفون بينة بأن لا غريم غيرهم**) لأن الحجر استفاض فلو كان غريم . . لظهر .

وقال الإمام : يكلفون كالورثة .

وفرق الرافعي بأن الورثة أضبط ، وفرق المصنف بأن الغريم الموجود تيقنا استحقاقه وشككنا في مزاحم ، ولو قدر مزاحم . . لم يخرجه عن استحقاقه هـٰذا القدر في الذمة ، ولو أبرأ أو أعرض . . سلمنا الجميع للآخر ، والوراث بخلافه في جميع ذلك .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ قَسَمَ فَظَهَرَ غَرِيمٌ . . شَارَكَ بِٱلْحِصَّةِ ، وَقِيلَ : تُنْقَضُ ٱلْقِسْمَةُ . وَلَوْ خَرَجَ شَيْءٌ بَاعَهُ قَبْلَ ٱلْحَجْرِ مُسْتَحَقّاً وَٱلثَّمَنُ تَالِفٌ . . فَكَدَيْنٍ ظَهَرَ ، . . . .

قال : (**فلو قسم فظهر غريم . . شارك بالحصة**) ؛ لأن المقصود يحصل بذلك ، وكذلك الحكم في التركة إذا قسمها الورثة ثم ظهر دين .

و(الظهور) : انكشاف الأمر عما كان ثابتاً .

واحترز بـ(ظهور الغريم) عن حدوث الدين بعد القسمة ؛ فإنه لا أثر له إلا إذا كان سببه متقدماً كما تقدم .

ومعنىٰ مشاركته بالحصة : أنه يرجع بها على الآخذين ، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر علىٰ غريمين لأحدهما عشرون وللآخر عشرة ، فأخذ أحدهما عشرة والآخر خمسة ، وظهر غريم له ثلاثون . . استرد من كل واحد نصف ما أخذ .

ولو كان دينهما عشرة وعشرة فقسم المال بينهما نصفين ، ثم ظهر غريم بعشرة . . رجع علىٰ كل واحد بثلث ما أخذ ، فإن أتلف أحدهما ما أخذه وكان معسراً لا يحصل منه شيء . . فوجهان :

أصحهما : يأخذ الغريم الثالث من الآخر نصف ما أخذ ، وكأنه كل المال ، ثم إذا أيسر المتلف . . أخذا منه ثلث ما أخذ وقسماه بينهما .

والثاني : لا يأخذ منه إلا ثلث ما أخذه ، ويبقىٰ له في ذمة المتلف الثلث .

قال : (**وقيل : تنقض القسمة**) ؛ لأنها وقعت علىٰ غير الوجه الشرعي ، ولو حصل مثل ذلك في الغنيمة . . لم تنقض القسمة بل يعوض من أخذ منه .

قال : (**ولو خرج شيء باعه قبل الحجر مستحقاً والثمن تالف . . فكدين ظهر**) وقد علم حكمه .

واحترز عما إذا وقع ذلك في حال الحجر . . فإنه لا أثر له ؛ لأنه دين حادث لم يتقدم سببه ، وبقوله : (والثمن تالف) عما إذا كان باقياً . . فإنه يرده .

و(الكاف) في قوله : (فكدين) زائدة[1] ؛ فإنه دين حادث .

---

(١) في هامش (ك) : (ليست زائدة بل معناه : لدين ظهر ، أي : من غير هـٰذا الوجه) .

وَإِنِ ٱسْتُحِقَّ شَيْءٌ بَاعَهُ ٱلْحَاكِمُ . . قُدِّمَ ٱلْمُشْتَرِي بِثَمَنِهِ ، وَفِي قَوْلٍ : يُحَاصُّ ٱلْغُرَمَاءَ . وَيُنْفِقُ عَلَىٰ مَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَتَّىٰ يُقَسِّمَ مَالَهُ . . . .

قال : (**وإن استحق شيء باعه الحاكم . . قدم المشتري بثمنه**) ؛ لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس .

قال : (**وفي قول : يحاص الغرماء**) كسائر الديون .

ويؤخذ من كلامه أنه لا يطالب الحاكم ، ولا يكون طريقاً في الضمان ، وهو كذلك بلا خلاف ، وكذا أمينه النائب عنه على الصحيح ، فلو كان من جهة المفلس . . طولب ، وكذا الوصي والوكيل .

قال : (**وينفق علىٰ من عليه نفقته حتىٰ يقسم ماله**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول »[1] ولا يعطىٰ ذلك إلا يوماً بيوم ، وآخرها اليوم الذي يقسم فيه ماله ، فيعطىٰ نفقته بليلته ؛ لأنه بعد ذلك يفك عنه الحجر ويتفرغ للاكتساب ، وفي زمن الحجر مشغول عن الكسب .

وشملت عبارته : نفسه وأقاربه ورقيقه وأمهات أولاده وزوجاته ، لـٰكن لا ينفق علىٰ من تجدد من الزوجات في حال الحجر ، والفرق بينها وبين الولد المتجدد تقدم سببه دونها .

والمراد بـ(النفقة) : قوت مثله الذي لا يستغنىٰ عنه ، لا الشهوات .

والواجب للزوجة : نفقة المعسرين عند الإمام ، ومال إليه المصنف وابن الرفعة والشيخ ، والنص يدل له[2] .

وقال الروياني : نفقة الموسرين ، ومال إليه الرافعي مستدلاً بأنه لو كان ينفق نفقة المعسرين . . لما أنفق على الأقارب[3] .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٢/ ١٨٤) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (وتعجب من الرافعي السبكي والإسنوي بأن اليسار المعتبر في نفقة الزوجة غير المعتبر في نفقة القريب ، فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء الثاني) .

إِلاَّ أَنْ يَسْتَغْنِيَ بِكَسْبٍ . وَيُبَاعُ مَسْكَنُهُ وَخَادِمُهُ فِي ٱلأَصَحِّ وَإِنِ ٱحْتَاجَ إِلَىٰ خَادِمٍ لِزَمَانَتِهِ وَمَنْصِبِهِ . . . .

قال : (**إلا أن يستغني بكسب**) فحينئذ يكون ذلك من كسبه ، فإن فضل شيء من كسبه . . رد إلى المال ، وإن نقص . . كمل منه ، ويستوي علىٰ هـٰذا الزوجة الجديدة والقديمة في الإنفاق .

والمراد بـ(الكسب) : اللائق ، وأن يجد من يستعمله ويعمل ، فإن قصر ولم يعمل . . فإطلاق المتولي يقتضي : أنه لا ينفق من ماله ، واختاره الشيخ ، ومقتضىٰ ما في « المطلب » : أنه ينفق من ماله[1] ، ولا فرق بين أن يتكرر ذلك منه أو يوجد مرة أو مرتين .

قال : (**ويباع مسكنه وخادمه في الأصح وإن احتاج إلىٰ خادم لزمانته ومنصبه**) ؛ لأنه يسهل تحصيلهما بالأجرة ، فإن تعذر . . فعلى المسلمين .

والثاني : يبقيان إن لاقا بحاله .

والثالث : يبقى المسكن دون الخادم ، وكل ما يترك له لو كان موجوداً . . يشترىٰ له إذا لم يكن .

وقال البغوي : يباع مركوبه وإن كان ذا مروءة[2] .

وقال العبادي : تبقىٰ للعالم كتبه ؛ لأنها علم يحتاج الناس إليه[3] .

و(الزمانة) بفتح الزاي والميم : يأتي بيانها في (قسم الصدقات) إن شاء الله تعالىٰ .

فائدة :

قال الشيخ : اضطرب حكم المسكن والخادم ، فهنا يباعان على الأصح ، وفي الكفارة : إن كانا لائقين به لزمانة أو منصب . . بقيا ، وإلا . . فلا في الأصح[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) في(ز) : (على الصحيح) .

وَيُتْرَكُ لَهُ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيقُ بِهِ ، وَهُوَ : قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَعِمَامَةٌ وَمُكَعَّبٌ ، وَيُزَادُ فِي ٱلشِّتَاءِ جُبَّةٌ . . . .

ويباع النفيسان إن لم يؤلفا ، وفي الفطرة ونكاح الأمة يبقيان في الأصح ، وفي زكاة المال لا يسلبان اسم الفقر ، وفي الحج يبقيان لزمانة أو منصب ، ويبدل النفيسان ونفقة القريب والزوجة وسراية العتق كالدين ، وفي العاقلة يبقيان ، وفي ستر العورة يبقيان وفاقاً لابن كج وخلافاً لابن القطان . اهـ

والصواب : عزو المنع لابن كج ومقابله لابن القطان .

قال : (**ويترك له دست ثوب يليق به**) ؛ لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى النفقة ، ولأن الميت يقدم كفنه علىٰ سائر الغرماء ، والحي آكد حرمة من الميت ، وكما تترك الكسوة له تترك لكل من تلزمه نفقته ، وإنما تفترق الكسوة والنفقة في شيئين :

أحدهما : الكسوة يترك منها ما يدوم بعد يوم القسمة ، بخلاف النفقة .

والثاني : النفقة يقتصر فيها على الأقل ، والكسوة يعتبر فيها ما يليق به حال الحجر دون حال يسرته ، إلا أن يكون يلبس دون ما يليق به . فلا يزاد عليه ، وكذلك تترك له دُرَّاعة يلبسها فوق القميص إن كان يليق به ذلك ، ومنديل وخف وطيلسان إن كان تركها يخرم بمروءته ، وللإمام فيها احتمال .

قال : (**وهو : قميص وسراويل وعمامة ومكعب ، ويزاد في الشتاء جبة**) ؛ لأنه يحتاج إليه ، ولا يؤجر غالباً .

والمراد : أنه يخلىٰ له إن كان في ماله ، ويشترىٰ له إن لم يكن .

هـٰذا في الرجل ، أما المرأة إذا أفلست أو وجبت كسوتها في مال المفلس . . فالواجب لها الإزار والمقنعة وغيرهما مما يليق بها .

وسكوتهم عما يلبس على الرأس تحت العمامة يقتضي عدم اعتباره ، والظاهر : إيجابه[1] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيُتْرَكُ قُوتُ يَوْمِ ٱلْقِسْمَةِ لِمَنْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ . وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَعْدَ ٱلْقِسْمَةِ أَنْ يَكْتَسِبَ أَوْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ لِبَقِيَّةِ ٱلدَّيْنِ ، . . . .

ولا تترك الفرش والبسط لكن يسامح باللبد والحصر القليلة القيمة ، ولا يترك له رأس مال يتجر فيه على المذهب ، وقال ابن سريج : يترك له ذلك إن لم يحسن الاكتساب إلا به وهو ضعيف .

كل هذا إذا كان بعض ماله خالياً عن تعلق حق ، فإن تعلق بجميع ماله حق لمعين بأن كان مرهوناً ، أو مبيعاً لم يقبض ثمنه ، أو تعلق برقبته أرش جناية . . فلا ينفق عليه ولا علىٰ عياله منه كما صرح به الإمام وغيره[1] .

و(السراويل) معرب عند الجمهور ، وقيل : عربي يذكر ويؤنث والجمهور علىٰ تأنيثه قال الشاعر [من المتقارب] :

عليه من اللؤم سروالة ... فليس يرق لمستعطف

وأول من لبسه إبراهيم الخليل عليه السلام .

ووجد في تركة النبي صلى الله عليه وسلم لباس اشتراه بأربعة دراهم .

ولم يلبسه عثمان رضي الله عنه أبداً إلا يوم قتل . . فإنه لبسه وقال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم البارحة في النوم هو وأبو بكر وعمر وقالوا لي : « اصبر ؛ فإنك تفطر عندنا القابلة » فأصبح عثمان صائماً ، فقتل في يومه . رواه الحاكم ، وقال : صحيح الإسناد .

و(المكعب) : المداس ، ووقع في « الروضة » : مكعب ونعل .

قال : (**ويترك قوت يوم القسمة لمن عليه نفقته**) ؛ لأنه موسر في أوله ولذلك تبقىٰ له سكنىٰ يوم .

قال : (**وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب أو يؤجر نفسه لبقية الدين**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ .

وفي « صحيح مسلم » [١٥٥٦] : عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : أصيب

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

رجل في ثمار ابتاعها . . فكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تصدقوا عليه » فتصدق الناس عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لغرمائه : « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » .

والرجل المذكور : معاذ بن جبل رضي الله عنه ، قاله في « شرح مسلم » .

وقال عمر بن عبد العزيز وأحمد : يلزمه أن يكتسب ويؤاجر نفسه لتبرأ ذمته .

ونقل ابن الصلاح عن أبي عبد الله محمد بن الفضل الفراوي ـ وكان من أصحاب إمام الحرمين ـ أنه قال : إن وجب الدين بسبب هو عاص به كالإتلاف عمداً . . وجب عليه الاكتساب ؛ لأن التوبة منه واجبة وأداؤه من جملة شروطها لكونه حق آدمي ، وإن لم يكن عاصياً . . لم يجب .

وقوة كلام المصنف تعطي : أن الحجر عليه ينفك بالقسمة ، فلا يحتاج إلىٰ فك القاضي وهو وجه ، والأصح : خلافه ؛ لأنه حجر لا يثبت إلا بإثبات القاضي ، فلا يرتفع إلا برفعه .

ولو كانت مفلسة وهي تخطب بمال كثير . . لم يجب عليها أن تتزوج لحق الغرماء بلا خلاف .

قال : (**والأصح : وجوب إجارة أم ولده والأرض الموقوفة عليه**) ؛ لأن المنافع كالأعيان ، ولهٰذا تضمن بالفوات في يد الغاصب ، بخلاف منافع الحر ، وعبارة « الحاوي الصغير » : (ويؤجر موقوفه) وهي أعم .

والثاني : لا تجب ؛ لأن المنافع لا تعد أموالاً حاضرة ، ومال إليه الإمام والقاضي حسين .

فعلى الأول يؤجر مرة بعد مرة إلىٰ فناء الدين .

قال الرافعي : وقضية دوام الحجر إلىٰ فنائه وهو كالمستبعد .

ونبه شيخنا علىٰ أن تصريحهم بالإيجار إلىٰ فناء الدين صريح في أن ملك المنفعة لا يمنع الحجر وإن كان ماله معها زائداً على الدين[1] .

---

(١) في هامش (ك) : (ما نبّه عليه معتمد إذا لم يمكنه الأداء منه) .

وَإِذَا ٱدَّعَىٰ أَنَّهُ مُعْسِرٌ أَوْ قَسَمَ مَالَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ لاَ يَمْلِكُ غَيْرَهُ وَأَنْكَرُوا ، فَإِنْ لَزِمَهُ ٱلدَّيْنُ فِي مُعَامَلَةِ مَالٍ كَشِرَاءٍ أَوْ قَرْضٍ . . فَعَلَيْهِ ٱلْبَيِّنَةُ ، وَإِلاَّ . . فَيُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَتُقْبَلُ بَيِّنَةُ ٱلإِعْسَارِ فِي ٱلْحَالِ ، . . . .

قال : (**وإذا ادعىٰ أنه معسر أو قسم ماله بين غرمائه وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروا ، فإن لزمه الدين في معاملة مال كشراء أو قرض . . فعليه البينة**) ؛ لأن الأصل بقاء ما وقعت عليه المعاملة .

وفي « النهاية » وجه : أنه يقبل أيضاً ؛ لأن المال غاد ورائح ، ونقله العبادي في « طبقاته » عن القديم .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لزمه بغير معاملة كالصداق والضمان والإتلافات (. . **فيصدق بيمينه في الأصح**) ؛ لأن الأصل العدم .

والثاني : عليه البينة ؛ لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً .

والثالث : إن لزمه باختياره كالصداق والضمان . . فلا بد من البينة ، وإلا . . فيقبل قوله ؛ لأن الظاهر أنه لا يشغل ذمتَه إلا بما يقدر عليه[1] .

قال : (**وتقبل بينة الإعسار**) وإن تعلقت بالنفي ؛ لمكان الحاجة كالبينة علىٰ أن لا وارث سوىٰ هـٰذا .

قال : (**في الحال**) ؛ قياساً علىٰ غيرها .

وقال أبو حنيفة : لا تسمع إلا بعد مدة ، وعن مالك : لا تسمع ؛ لأنها شهادة على النفي .

قال الشيخ : ولا بد من ثبوت العدالة ، ووهم ابن الرفعة حيث نقل عن الإمام أنه يخرج من الحبس بعد قيام البينة وقبل الاستزكاء .

والصحيح في هـٰذه البينة : أنها رجلان ، وفي وجه : أنها رجل وامرأتان ، أو شاهد ويمين .

---

(١) في هامش(ج) : (وطريقة الغزالي والشيخ عز الدين بن عبد السلام : إن عهد له مال . . فلا يقبل إلا ببينة ، وإلا . . فالأوجه الثلاثة ، وتبعا في ذلك الإمام ، وقد حكىٰ هـٰذه الطريقة عن الأصحاب . اهـ ، والله أعلم) .

وَشَرْطُ شَاهِدِهِ : خِبْرَةُ بَاطِنِهِ ، وَلْيَقُلْ : هُوَ مُعْسِرٌ ، وَلاَ يُمَحِّضُ ٱلنَّفْيَ كَقَوْلِهِ : لاَ يَمْلِكُ شَيْئاً . . . .

وقال الفوراني والمتولي : لا بد من ثلاثة ؛ لما روىٰ مسلم [١٠٤٤] عن قبيصة بن مخارق الهلالي رضي الله عنه أنه قال : تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم أسأله فيها فقال : « أقم حتىٰ تأتينا الصدقة فنأمر لك بها » ، ثم قال : « يا قبيصة ، إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل تحمل حمالة . . فحلت له المسألة حتىٰ يصيبها ثم يمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله . . فحلت له المسألة حتىٰ يصيب قواماً من عيش ـ أو قال : سداداً من عيش ـ ورجل أصابته فاقة حتىٰ يقيم ثلاثة من ذوي الحجىٰ من قومه : لقد أصابت فلاناً فاقة . . فحلت له المسألة حتىٰ يصيب قواماً من عيش ـ أو قال : سداداً من عيش ـ فما سواهن يا قبيصة يأكلها صاحبها سحتاً » .

قال : (**وشرط شاهده : خبرة باطنه**) ؛ لأن الإعسار أمر خفي بخلاف الشهادة علىٰ تلف المال فإنه أمر ظاهر ، وسيأتي في (الشهادات) بيان أسبابها التي يعتمدها الشاهد كطول المخالطة والمجاورة إن شاء الله تعالىٰ .

ولا تجوز لهم الشهادة اعتماداً علىٰ ظاهر الحال ، والقاضي إن عرف أنهم من أهل الخبرة الباطنة . . اكتفىٰ بشهادتهم ، وإلا . . توقف حتىٰ يعرف ذلك ، فإن قالوا : اختبرنا باطن حاله . . اكتفىٰ .

وقوله : (شاهده) مراده : الجنس ، ولو قال : شاهديه . . كان أحسن .

قال : (**وليقل : هو معسر ، ولا يمحض النفي كقوله : لا يملك شيئاً**) بل يجمع بين الإثبات والنفي ، ويقدم الإثبات فيقول : أشهد أنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه وسكنىٰ يومه .

ولا حاجة إلىٰ قوله : إنه تحل له الصدقة .

فروع :

قال : غريمي يعلم أني معسر ، فحلفوه . . حلف ، فإن نكل . . حلف المديون ولم يحبس ، وإذا طلب الغريم يمينه بعد إقامة البينة . . حلف ، وإن سكت . . لم يحلفه القاضي في الأصح .

وَإِذَا ثَبَتَ إِعْسَارُهُ . . لَمْ يَجُزْ حَبْسُهُ وَلاَ مُلاَزَمَتُهُ ، بَلْ يُمْهَلُ حَتَّىٰ يُوسِرَ . . . . . .

وقال أبو حنيفة وأحمد : لا يحلف مطلقاً ؛ لأن في تحليفه جمعاً بين حجتين : البينة واليمين ، وفيه إيذاء الشهود وطعن عليهم .

ولو علم القاضي إعسار الغريم . . ففي « النهاية » : أنه لا يحكم به ؛ لأنه مظنون لا مقطوع به ، لـٰكن في « الرافعي » في (القضاء) : أن المراد بالعلم : الظن المؤكد لا مدلوله الحقيقي . فعلىٰ هـٰذا يحكم به هنا[1] .

وإذا فرعنا علىٰ ما قاله الإمام . . فليس للقاضي حبسه ؛ لأنه قضاء بما علم خلافه وهو ممتنع ، بل يطلقه من غير حكم بإعساره ، حتىٰ يجوز للغريم أن يطالبه عند قاض آخر ويحبسه .

وإذا شهدت بينة على المفلس بالغنىٰ . . فلا بد من بيان سببه ، قاله القفال في « الفتاوىٰ »[2] .

وإذا حبس . . فله أن يحضر صاحب الدين كل يوم ويحلفه أنه لا يعلمه معسراً ، إلا أن يظهر للقاضي تعنته .

وإذا قبلنا قوله في الإعسار وحلفناه . . فلصاحب الدين أن يطلبه كل يوم ويدعي أنه استفاد مالاً ويحلفه .

حادثة :

في بينتي : إعسار وملاءة ، كلما شهدت إحداهما . . جاءت الأخرىٰ فشهدت أنه في الحال علىٰ ما شهدت به هل يقبل ذلك أبداً أو يعمل بالمتأخرة؟

أجاب ابن الصلاح بأنه يعمل بالمتأخرة منهما وإن تكررت إذا لم ينشأ من تكرارها ريبة ، ولا تكاد بينة الإعسار تخلو عن الريبة إذا تكررت[3] .

قال : (**وإذا ثبت إعساره . . لم يجز حبسه ولا ملازمته ، بل يمهل حتىٰ يوسر**) ؛

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

لقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ .

وأفهم كلامه : أنه إذا لم يثبت إعساره . . جاز حبسه حتىٰ يظهر ؛ لما روىٰ أحمد [٢٢٢/٤] وأبو داوود [٣٦٢٨] والنسائي [٣١٦/٧] وابن ماجه [٢٤٢٧] والحاكم [١٠٢/٤] وابن حبان [٥٠٨٩] عن عمرو بن الشريد عن أبيه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليُّ الواجد يحل عرضه وعقوبته » .

قال المفسرون : أراد بـ(العقوبة) : الحبس والملازمة .

وفي « البيهقي » [٤٨/٦] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً أعتق شقصاً له من عبد في قيمة الباقي) .

فإن ادعىٰ أن ماله تلف وصار معسراً . . فعليه البينة .

ومعنىٰ (لي الواجد) أي : مطله .

قال الشاعر [من الرجز] :

قــد كنــت داينــت بهــا حســانــاً مخــافــة الإفــلاس والليــانــا

وقال ذو الرمة [من الطويل] :

تــريــديــن ليّــانــي وأنــت مليئــة وأحســن يــا ذات الــوشــاح التقــاضيــا

ومعنىٰ قوله : (وعرضه) أن لصاحب الدين أن يذمه ويصفه بسوء القضاء .

تنبيهان :

أحدهما : أفهم كلامه جواز حبس الأبوين والأجداد بدين الولد وهو الأصح عند الغزالي وصاحب « الحاوي الصغير » ، والأصح عند الجمهور : المنع ، ولا فرق بين دين النفقة وغيرها كما صححه الشيخان في (الشهادات) .

وفي وجه ثالث : أنه يحبس في دين النفقة دون غيره من الديون .

الثاني : علم من مجموع ذلك : أن الحر لا يباع في دينه ، وقد ورد : أن ذلك وقع في صدر الإسلام ، قال ابن حزم : إن زرارة بن أوفىٰ قاضي البصرة من التابعين باع حراً

. . . .

في دينه . قال : وقد روينا عن الشافعي رضي الله عنه مثل ذلك ، وهي قولة عنه غريبة لا يعرفها من أصحابه إلا من تبحر في الحديث والآثار . اهـ

وذكر أبو بكر الكندي في كتاب « أعيان الموالي في جند أهل مصر » : أن فتيان المالكي ناظر الشافعي رضي الله عنه في بيع الحر في الدين فكان الشافعي رضي الله عنه يقول : يباع ، وفتيان يقول : لا يباع ، وكأن هـٰذه القولة هي التي عزاها إليه ابن حزم ، لـٰكن لم يصح عن الشافعي رضي الله عنه ذلك .

وروى البيهقي [٦/ ٥٠] عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم باع حراً أفلس في دينه) .

وفيه : عن زيد بن أسلم أنه قال : رأيت شيخاً بالإسكندرية يقال له : سُرَّق ، فقلت له : ما هـٰذا الاسم؟ فقال : اسم سمانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولن أدعه . قلت : ولم سماك؟ قال : قدمت المدينة فأخبرتهم أن مالي يقدم فبايعوني فاستهلكت أموالهم ، فأتوا بي إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « أنت سُرَّق » فباعوني بأربعة أبعرة ، فقال الغرماء للذي اشتراني : ما تصنع به؟ قال : أعتقه . فقالوا : لسنا بأزهد في الخير منك ، فأعتقوني بينهم وبقي اسمي كذلك .

قال البيهقي [٦/ ٥٠] : وفي إجماع العلماء علىٰ خلافه ـ وهم لا يجمعون علىٰ ترك رواية ثابتة ـ دليل علىٰ ضعفه أو نسخه .

وفي « مراسيل أبي داوود » [١٧٠] : عن معمر عن الزهري قال : كان يكون علىٰ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ديون علىٰ رجال ، ما علمنا حراً بيع في دين .

وإذا حبس المعسر[١] . . جاز للغريم ملازمته إلا أن يقول للقاضي : تشق علي الطهارة والصلاة بسبب ملازمته فاحبسني . . فإنه يجاب .

وإذا خاف القاضي فراره من حبسه . . فله نقله إلىٰ حبس الجرائم .

---

(١) في هامش (ك) : (يعني إذا جاز حبسه) .

وَٱلْغَرِيبُ ٱلْعَاجِزُ عَنْ بَيِّنَةِ ٱلإِعْسَارِ . . يُوَكِّلُ ٱلْقَاضِي بِهِ مَنْ يَبْحَثُ عَنْ حَالِهِ ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ إِعْسَارُهُ . . شَهِدَ بِهِ . . . .

قال : (**والغريب العاجز عن بينة الإعسار . . يوكل القاضي به من يبحث عن حاله ، فإذا غلب علىٰ ظنه إعساره . . شهد به**) ؛ لئلا يؤدي إلىٰ تخليد حبسه .

قال في « الكفاية » : وهـٰذا أبداه الإمام تفقهاً لنفسه .

فروع :

الأول : إنظار المعسر واجب ، ورب الدين مخير بينه وبين الإبراء ، فإن قيل : التخيير بين شيئين يقتضي استواءهما في الحكم ، فكيف خير بين واجب ومندوب والواجب أفضل؟ . . فالجواب : أن المندوب قد يفضل الواجب كالصدقة بألف دينار تطوعاً ، فإنها أفضل من درهم زكاة ، وأيضاً ابتداء السلام أفضل من الرد ، والابتداء سنة والرد قد يكون واجباً .

الثاني : من عليه دين حال . . وجب عليه أداؤه إن قدر عليه ، وهل يتوقف ذلك علىٰ مطالبة رب الدين؟ فيه وجهان في « شرح العمدة » لابن دقيق العيد في الكلام علىٰ مطل الغني ، وجزم شيخه الشيخ عز الدين بن عبد السلام في « القواعد » بعدم الوجوب ، وكذلك الشيخ أبو المظفر السمعاني في كتاب « القواطع » في أصول الفقه ، وكلام المصنف في « الروضة » في آخر (الحجر) حاصله : الوجوب أيضاً .

وقال في (الغصب) من « البحر » : يحتمل أن يقال : إن كان وجوبه برضا المالك . . فهو على التراخي ، ويتعين أداؤه بالمطالبة ، وإن كان وجوبه بغير رضا المالك . . فالقضاء على الفور .

وقال الإمام في (كتاب الزكاة) وفي آخر (كتاب القاضي إلى القاضي) : لا يتعين أداؤه إلا بالمطالبة . قال القمولي : وهـٰذا هو الظاهر[1] ، فإذا طالبه ربه به . . وجب أداؤه على الفور بحسب الإمكان ، فإن امتنع وله مال ظاهر : فإن كان من جنس الدين . . وفىٰ منه ، وإن كان من غيره . . أمر ببيعه والإيفاء منه ، فإن لم يفعل . . فثلاثة أوجه :

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَصْلٌ :

مَنْ بَاعَ وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلثَّمَنَ حَتَّىٰ حُجِرَ عَلَى ٱلْمُشْتَرِي بِٱلْفَلَسِ . . فَلَهُ فَسْخُ ٱلْبَيْعِ وَٱسْتِرْدَادُ ٱلْمَبِيعِ ، . . . .

أحدها ـ وهو ما أورده القاضي الطبري وابن الصباغ والبندنيجي وعليه عمل القضاة ـ: يحبس ، فإن لم ينجع فيه الحبس . . باع ماله وقضىٰ دينه .

والثاني عن الشيخ أبي حامد : أن القاضي إن رأىٰ حبسه . . فعل ، وإن رأىٰ بيع ماله . . باعه[1] .

والثالث : لا يحبسه بل يبيع المال عليه في الحال وهو المنصوص .

الثالث : من وقعت الإجارة علىٰ عينه . . لا يحبس في الديون ، بل يقدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتهن ، أفتىٰ به الغزالي[2] ، وقياسه : أن لا يحضر أيضاً مجلس القاضي إذا طلبه[3] .

تتمة :

أفتى ابن الصلاح وغيره في رجل ثبت إعساره ، ثم كتب عليه مسطوراً بدين وأشهد عليه أنه مليء به : أنه يثبت بذلك يساره ؛ لتمكنه من صرف ما استدانه ، وإقراره بالملاءة به يسري إلىٰ كل دين ، وفيما قالوه نظر ؛ لأنه قد يوسر بذلك القدر دون غيره[4] .

قال : (**فصل** :

من باع ولم يقبض الثمن حتىٰ حجر على المشتري بالفلس . . فله فسخ البيع واسترداد المبيع) ؛ لما تقدم في أول الباب من قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا أفلس

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش(ك) : (أي : إذا تعطل بذلك حقه) ورمز له بالصحة .

(٤) في هامش (ك) : (وهـٰذا النظر هو الأصح) . وفي هامشها أيضاً : (بلغ مقابلة على نسخة المصنف بخطه) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ خِيَارَهُ عَلَى ٱلْفَوْرِ ، وَأَنَّهُ لاَ يَحْصُلُ ٱلْفَسْخُ بِٱلْوَطْءِ وَٱلإِعْتَاقِ وَٱلْبَيْعِ .

الرجل فوجد البائع سلعته بعينها . . فهو أحق بها من الغرماء » وهـٰذا الرجوع ثابت إذا مات المشتري مفلساً .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت في الحالين .

وقال مالك : يثبت في الفلس دون الموت .

وقال الإصطخري : يثبت بموت المشتري وإن كان موسراً .

وقال ابن حربويه : إنما يكون أحق به ؛ ليستوفي حقه من ثمنه ، ولا يشاركه فيه الغرماء كالرهن ، والمذهب الأول .

أما إذا قبض بعض الثمن . . فله الفسخ على الجديد ، لـٰكن في البعض فقط .

وأفهم كلامه : أن له الفسخ وإن لم يأذن الحاكم ، وهو كذلك في الأصح .

وصيغته أن يقول : فسخت البيع أو نقضته أو رفعته أو رجعت في عين مالي ، فإن اقتصر علىٰ قوله : فسخت أو رددت الثمن . . فالصحيح : أنه فسخ .

واستنبط الشافعي رضي الله عنه من الحديث : أن البيع موقوف إن أخذ ثمنه ، وإلا . . رجع بائعه فأخذه ، ويكون كالمرهون بثمنه بل أقوىٰ ؛ لأنه يأخذه كله لا يباع عليه فيستوفي حقه ويرد الفضل[1] .

ولو قضىٰ قاض بمنع الفسخ . . نقض حكمه عند الإصطخري ، والأصح عند المصنف وغيره : أنه لا نقض له .

قال : (**والأصح : أن خياره على الفور**) ؛ لأنه لدفع الضرر فكان كخيار العيب .

والثاني : على التراخي كخيار الرجوع في هبة الولد ، وعن القاضي حسين : لا يمتنع تأقيته بثلاثة أيام كخيار المعتقة تحت العبد[2] .

قال : (**وأنه لا يحصل الفسخ بالوطء والإعتاق والبيع**) وتلغو هـٰذه التصرفات قياساً على الواهب .

---

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) . .

(٢) في هامش (ك) : (أي : على المرجوح أيضاً) .

والثاني : يحصل قياساً على البائع في زمن الخيار .

ومحل الخلاف : إذا نوىٰ بالوطء الفسخ ، فإن لم ينوه.. فلا ، قاله صاحب « المعين » اليمني .

قال : (**وله الرجوع في سائر المعاوضات كالبيع**) أشار بذلك : إلىٰ أن المأخذ فيه القياس لا النص ، وهو من محاسن كلامه .

ويشهد له من السنة عموم قوله صلى الله عليه وسلم : « من أدرك ماله بعينه عند رجل مات أو أفلس... » الحديث .

لـٰكن إطلاقه مقيد بشرط أن تكون المعاوضة سابقة على الحجر ، فإن كانت متأخرة.. فقد تقدم أن الأصح أنه ليس له الفسخ إن علم ، وله إن جهل .

وأفهم بقوله : (كالبيع) أنه يشترط أن تكون المعاوضة محضة ، فإن الفسخ لا يثبت في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، لـٰكن للمرأة الفسخ بالإعسار بالمهر قبل الدخول ، وكذا بعده في قول .

فلو أجر داراً أو أرضاً أو دابة ، ثم أفلس المستأجر ، ثم انهدمت الدار.. انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة[1] .

فروع :

الأول : في « فتاوى ابن الصلاح » : أن الإجارة التي تسقط أجرة كل شهر فيها على انقضائه لا يثبت فيها الفسخ بإفلاس المستأجر بالأجرة ، لا قبل انسلاخ الشهر

---

(١) في هامش(ك) :(قال الإسنوي : فإذا أجره داراً بأجرة حالة ولم يقبضها حتى حجر علىٰ المستأجر فيرجع المستأجر في الدار : فإن أفلس المؤجر.. فلا يفسخ المستأجر إن وقعت الإجارة على العين ؛ لأنه مقدَّم بمنافعها ، وإن وقعت على الذمة نظر : إن سلم عيناً لاستيفاء المنفعة منها فكذلك في الأصح ، وقيل : لا أثر للتسليم ، وإن لم يسلم.. فللمستأجر الفسخ إن كانت الأجرة باقية) اهـ

ولا بعده[1] ، أما قبله . . فلأن الأجرة لم تحل بعد ، وشرط الفسخ الحلول ، وأما بعده . . فلفوات المنفعة ، وشرط الفسخ : وجود المعقود عليه .

الثاني : اقترض مالاً ، ثم أفلس وهو باق في يده . . فللمقرض الرجوع سواء قلنا : يملك بالقبض أم بالتصرف[2] ، وهـٰذا يشكل على اشتراط أن يكون بمعاوضة ؛ فإن الغزالي صرح بأن القرض ليس عقد معاوضة .

الثالث : كان المبيع شقصاً مشفوعاً ، ولم يعلم الشفيع بالبيع حتىٰ حجر على المشتري فهل البائع أحق به أو الشفيع؟ فيه ثلاثة أوجه :

أصحها : الشفيع ، والثمن بين الغرماء .

وثانيها : البائع .

وثالثها : الشفيع أولىٰ بالشقص ، والبائع أولىٰ بالثمن بكماله .

قال : (**وله شروط ؛ منها : كون الثمن حالاً**) ؛ لأن المؤجل لا يطالب به ، فتباع السلعة وتصرف إلى الغرماء على الأصح .

هـٰذا إذا وقع الشراء بالحال ، فإن اشترىٰ بمؤجل وحل قبل الحجر . . رجع أيضاً على الأصح ، وإن حل بعده . . فوجهان : أصحهما في « الشرح » و« الحاوي » الصغيرين : أنه يرجع ، وليس في « الكبير » ولا في « الروضة » تصحيح فيهما .

وعبارة المصنف تشمل الصورة المذكورة .

ولو حل الأجل قبل تسليم المبيع . . ففي « الرافعي » الجزم بأنه لا حبس للبائع[3] ، ولو وقع مثل ذلك في الصداق . . فالأصح في « الشرح الصغير » : أن للمرأة الحبس ، وفي « الكبير » : لا حبس لها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنْ يَتَعَذَّرَ حُصُولُهُ بِٱلإِفْلاَسِ ، فَلَوِ ٱمْتَنَعَ مِنْ دَفْعِ ٱلثَّمَنِ مَعَ يَسَارِهِ أَوْ هَرَبَ . . فَلاَ فَسْخَ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَلَوْ قَالَ ٱلْغُرَمَاءُ : لاَ تَفْسَخْ وَنقَدِّمُكَ بِٱلثَّمَنِ . . فَلَهُ ٱلْفَسْخُ . . . .

قال : (**وأن يتعذر حصوله بالإفلاس ، فلو امتنع من دفع الثمن مع يساره أو هرب . . فلا فسخ في الأصح**) ؛ لأن التوصل إلىٰ أخذه بالسلطان ممكن ، فإن فرض عجز علىٰ ندور . . فلا عبرة به .

والثاني : له الفسخ ؛ لتعذر الوصول إليه حالاً مع توقعه مآلاً ، فأشبه المفلس .

واحترز بـ(**الإفلاس**) عن تعذره بانقطاع جنسه ، فلا فسخ إن جوزنا الاستبدال عن الثمن ، وإلا . . ففيه الخلاف في انقطاع المسلم فيه ، كذا قاله الرافعي تبعاً لـ« الوسيط » ، واستشكله في « المهمات » وقال : ينبغي تجويز الفسخ وإن جوزنا الاستبدال ؛ لفوات مقصوده ، قال : وما قاله الرافعي مخالف للقواعد ولقول الأصحاب[1] .

قال : (**ولو قال الغرماء : لا تفسخ ونقدمك بالثمن . . فله الفسخ**) ؛ لدفع المنة ، ولأنه ربما يظهر غريم آخر فيشاركه فيما أخذ .

ونظير المسألة : ما إذا قال الغرماء للقصار : خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء في الثوب ، والأصح في « الروضة » في هـٰذه : الإجبارُ ، وكذلك لو مات المشتري وقال وارثه : لا ترجع وأقدمك من التركة . . لم يلزم القبول ، وإن قال : من مالي . . فوجهان[2] .

ولو تبرع أجنبي عن المفلس . . لم يجب على البائع القبول .

ولو تبرع أجنبي بدين الميت . . اختلف فيه كلام القاضي حسين قال أولاً : لا يجب ، ثم قال : يجب ، واختاره الشيخ .

---

(١) في هامش (ك) : (يجاب بأن الملك هنا قوي ؛ إذ العوض في الذمة فبعد الفسخ وهناك الملك ضعيف ؛ لأن صورة المسألة أن المعقود عليه معين ، وأنه فات بإتلاف الأجنبي قبل القبض فساغ الفسخ ، بل فيها قول : إن العقد ينفسخ كالتلف بآفة سماوية) .

(٢) في هامش (ك) : (أصحهما : أنه يلزمه القبول) .

وَكَوْنُ ٱلْمَبِيعِ بَاقِياً فِي مِلْكِ ٱلْمُشْتَرِي ، فَلَوْ فَاتَ أَوْ كَاتَبَ ٱلْعَبْدَ . . فَلاَ رُجُوعَ ، وَلاَ يَمْنَعُ ٱلتَّزْوِيجُ . . . .

قال : (**وكون المبيع باقياً في ملك المشتري**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث : « إذا وجده » . فلو زال ثم عاد قبل الحجر . . فوجهان :

صحح المصنف عدم الرجوع كالمصحح في الهبة للولد .

وصحح الرافعي في « الشرح الصغير » في مسألتنا تبعاً لـ« الوجيز » : الرجوع ، وسيأتي في الكتاب في نظيرها جواز الرجوع .

قال : (**فلو فات أو كاتب العبد . . فلا رجوع**) سواء كان الفوات بموت أو جناية أو أكل أو بيع أو هبة أو إعتاق أو صدقة أو وقف أو غيرها ؛ لأنه كالخارج عن ملكه ، وليس له نقض هـٰذه التصرفات ؛ لأنها صدرت من أهلها في محلها .

والاستيلاد كالكتابة ، كذا في « الروضة » و« الشرح »[1] ، ووقع في « فتاوى المصنف » : أنه لا يمنع ، وهو سبق قلم ، فلو باعه ثم حجر عليه في زمن الخيار . . فله الرجوع وإن قلنا : يزول ملكه ، كما يجوز للمفلس ، قاله الماوردي[2] .

قال : (**ولا يمنع التزويج**) عبداً كان أو أمة ؛ لأنه لا يمنع البيعَ ، وهـٰذه المسألة لا حاجة إليها ؛ لأنه عيب في العبد و الأمة وقد ذكره عقبه ، والتدبير وتعليق العتق لا يمنعان قطعاً .

وأما الإيجار . . فلا يمنع على الأصح ، فإن شاء . . أخذه مسلوب المنفعة ، وإن شاء . . ضارب والأجرة للمفلس .

قال ابن الرفعة : وسكتوا عن رجوع البائع عليه بأجرة المثل ، قال : والذي يظهر أنه لا يرجع ؛ لأن له مندوحة عن ذلك بالمضاربة ، وبقي للرجوع شرطان :

أحدهما : أن لا يتعلق به حق ثالث كالجناية والرهن والشفعة ، فإن زال التعلق . . جاز الرجوع .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ك) : (ظاهر كلامهم يخالف ما قاله) .

وَلَوْ تَعَيَّبَ بِآفَةٍ . . أَخَذَهُ نَاقِصاً ، أَوْ ضَارَبَ بِٱلثَّمَنِ . أَوْ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ أَوِ ٱلْبَائِعِ . . فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُضَارِبُ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ نَقْصِ ٱلْقِيمَةِ . وَجِنَايَةُ ٱلْمُشْتَرِي كَآفَةٍ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

الثاني : أن لا يقوم بالبائع مانع من التملك ، كما لو أحرم والمبيع صيد . . فلا رجوع في الأصح .

وجوزوا رجوع الكافر في العبد المسلم بالفلس ، وفي الفرق عسر[1] ، ولذلك منع مجلي الرجوع فيهما .

قال : (**ولو تعيب بآفة . . أخذه ناقصاً ، أو ضارب بالثمن**) كما في تعييب المبيع في يد البائع ، فإن المشتري يتخير بين أن يأخذه ناقصاً أو يتركه ، وسواء كان النقصان : حسياً كسقوط بعض الأعضاء والعمىٰ ، أو غير حسي كنسيان الحرفة والإباق والتزويج ، وقد تقدم استشكاله .

قال : (**أو بجناية أجنبي أو البائع . . فله أخذه ، ويضارب من ثمنه بنسبة نقص القيمة**)؛ لأن المشتري أخذ بدلاً للنقصان ، وكان ذلك مستحقاً للبائع ، فلو بقي . . فلا يحسب نقصه عليه ، فإذا ساوىٰ سليماً مئتين ومقطوع اليد مئة . . أخذه وضارب بنصف الثمن ، فإذا كان اشتراه بمئة . . ضارب بخمسين ، أو بألف . . ضارب بخمس مئة .

قال : (**وجناية المشتري كآفة في الأصح**) ؛ لأن فعله وقع في ملكه قبل تعلق حق البائع .

---

(١) في هامش (ت) : (وقد يفرق بينهما بأن الكفر لا ينافي ملك المسلم ، وإنما لم يصح بيعه من الكافر ؛ لما يترتب عليه من التسلط عليه المشار إليه بقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ .
بخلاف الإحرام ؛ فإنه مانع من ملك المحرم الصيد مطلقاً ، حتىٰ لو كان في ملكه . . أُمر برفع اليد عنه مجاناً ، ولا كذلك الكافر ، بل يؤمر برفع اليد عن المسلم ولو بعوض ، ومن الدليل على ذلك صحة شرائه من يعتق عليه مع استلزامه دخوله في ملكه ، والله أعلم) .
وفي هامش (ك) : (الفرق بينهما : أن المسلم يدخل في ملك الكافر في صور كثيرة ، بخلاف الصيد في ملك المحرم ، والذي فرق أيضاً بقرب زوال المانع في تلك بخلاف هٰذه . دمياطي) .

وَلَوْ تَلِفَ أَحَدُ ٱلْعَبْدَيْنِ ثُمَّ أَفْلَسَ . . أَخَذَ ٱلْبَاقِيَ وَضَارَبَ بِحِصَّةِ ٱلتَّالِفِ ، فَلَوْ كَانَ قَبَضَ بَعْضَ ٱلثَّمَنِ . . رَجَعَ فِي ٱلْجَدِيدِ ، فَإِنْ تَسَاوَتْ قِيمَتُهُمَا وَقَبَضَ نِصْفَ ٱلثَّمَنِ . . أَخَذَ ٱلْبَاقِيَ بِبَاقِي ٱلثَّمَنِ ، . . . .

والثاني : أنها كجناية الأجنبي وصححها الإمام ، وقد تقدم تعليل ذلك في موضعه ، فكان ينبغي للمصنف أن يعبر بـ(المذهب) أو (الأظهر) .

قال : (**ولو تلف أحد العبدين ثم أفلس . . أخذ الباقي وضارب بحصة التالف**) ؛ لأنه ثبت له الرجوع في كل منهما ، فكان كما لو رجع الأب في بعض ما وهب .

ورجوع الأب في بعض ما وهب مسألة حسنة ذكرها الرافعي هنا ، ولم يصرح بها في (باب الهبة) ، وسيأتي ذكرها هناك إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**فلو كان قبض بعض الثمن . . رجع في الجديد**) ؛ لأن الإفلاس سبب تعود به كل العين فجاز أن يعود به بعضها ، كالفرقة في النكاح قبل الدخول يعود بها جميع الصداق إلى الزوج تارة ، وبعضه أخرىٰ ، والقديم : لا يرجع ، بل يضارب ببقية الثمن ؛ لأنه ورد في الحديث .

وإن كان قد قبض من ثمنه شيئاً . . فهو أسوة الغرماء ، لـٰكن قال الدارقطني : إنه مرسل .

قال : (**فإن تساوت قيمتهما وقبض نصف الثمن . . أخذ الباقي بباقي الثمن**) ويكون ما قبض في مقابلة التالف ، كما لو رهن عبدين بمئة وتلف أحدهما وقد قبض خمسين . . فالباقي مرهون بالباقي .

وما ذكره المصنف هو المنصوص في « الأم » وغيرها ، وله فيما إذا أصدق أربعين شاة وحال الحول فأخرجت شاة ثم طلق قبل الدخول قولان :

أحدهما : يرجع بعشرين كنصه هنا .

والثاني : يأخذ نصف الموجود .

والفرق : أن الزوج إذا لم يرجع إلىٰ عين الصداق . . يأخذ القيمة بتمامها ، والبائع يحتاج إلى المضاربة .

وَفِي قَوْلٍ : يَأْخُذُ نِصْفَهُ بِنِصْفِ بَاقِي ٱلثَّمَنِ وَيُضَارِبُ بِنِصْفِهِ . وَلَوْ زَادَ ٱلْمَبِيعُ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً كَسِمَنٍ وَصَنْعَةٍ . . فَازَ ٱلْبَائِعُ بِهَا ، وَٱلْمُنْفَصِلَةُ ـ كَٱلثَّمَرَةِ وَٱلْوَلَدِ ـ لِلْمُشْتَرِي ، وَيَرْجِعُ ٱلْبَائِعُ فِي ٱلأَصْلِ ، فَإِنْ كَانَ ٱلْوَلَدُ صَغِيراً وَبَذَلَ ٱلْبَائِعُ قِيمَتَهُ . . أَخَذَهُ مَعَ أُمِّهِ ، وَإِلاَّ . . فَيُبَاعَانِ وَتُصْرَفُ إِلَيْهِ حِصَّةُ ٱلأُمِّ ، . . . .

قال : (**وفي قول : يأخذ نصفه بنصف باقي الثمن ، ويضارب بنصفه**) أي : بنصف الباقي وهو الربع ؛ لأن الثمن موزع على المبيع ، فيوزع كل واحد من المقبوض والباقي على العبدين .

قال : (**ولو زاد المبيع زيادة متصلة كسمن وصنعة . . فاز البائع بها**) ؛ جرياً على القاعدة إلا في الصداق كما سيأتي .

والذي ذكره في (الصنعة) وقع مثله في « الشرحين » و« الروضة » و« المحرر » ، والأصح : خلافه كما سيأتي في الكلام على القصارة[1] .

أما تعلم العبد القرآن والحرف والكتابة والشعر المباح ورياضة الدابة . . فالأصح : أنها من صور القولين .

ولو باعه بذراً فزرعه فصار حباً ، أو بيضاً فصار فرخاً ، أو عصيراً فصار خمراً ثم خلاً . . فالأصح عند العراقيين والبغوي : أنه يرجع .

قال : (**والمنفصلة ـ كالثمرة والولد ـ للمشتري ، ويرجع البائع في الأصل**) ؛ لأن الشارع أثبت له الرجوع في المبيع فلا يتعداه .

قال : (**فإن كان الولد صغيراً وبذل البائع قيمته . . أخذه مع أمه**) أي : جزماً ؛ لانتفاء المحذور وهو التفريق .

قال : (**وإلا . . فيباعان وتصرف إليه حصة الأم**) ويكون ما قابل الولد للغرماء كما تقدم في الأمة المرهونة .

وقيل : يجوز التفريق للضرورة .

والعجب من الرافعي في قوله : إنهم لم يحكوه هنا ، وقد حكاه الماوردي

---

(١) في هامش (ك) : (جمع بينهما بحمل ما هنا على التعلم بنفسه ، وما هناك علىٰ خلافه) .

وَقِيلَ : لاَ رُجُوعَ . وَلَوْ كَانَتْ حَامِلاً عِنْدَ ٱلرُّجُوعِ دُونَ ٱلْبَيْعِ أَوْ عَكْسَهُ . . فَٱلأَصَحُّ : تَعَدِّي ٱلرُّجُوعِ إِلَى ٱلْوَلَدِ . وَٱسْتِتَارُ ٱلثَّمَرِ بِكِمَامِهِ وَظُهُورُهُ بِٱلتَّأْبِيرِ قَرِيبٌ مِنَ ٱسْتِتَارِ ٱلْجَنِينِ وَٱنْفِصَالِهِ ، وَأَوْلَىٰ بِتَعَدِّي ٱلرُّجُوعِ . . . .

والمتولي والشاشي ، وكذا الإمام في « كتاب السير » .

قال : (**وقيل : لا رجوع**) بل يضارب ، ومحل هـٰذا إذا لم يبذل قيمة الولد ، فإن بذلها . . رجع جزماً .

قال : (**ولو كانت حاملاً عند الرجوع دون البيع أو عكسه . . فالأصح : تعدي الرجوع إلى الولد**) .

مدرك الخلاف في الأبواب كلها : أن الحمل هل يعلم أو لا؟ وحينئذ يكون التصحيح في المسألة الثانية ـ وهي قوله : (أو عكسه) ـ واضحاً ؛ فإن الأصح أنه يعلم .

وأما في الأولىٰ . . فمخالف للمبني عليه ، وقياسه عدم الرجوع فيه ، كما صححوه في نظائره من الرد بالعيب والرهن ورجوع الوالد في الهبة من أن الحمل لا يتبع[1] ، أما إذا كانت حاملاً عند البيع والرجوع . . فإنه يرجع فيها جزماً .

وقوله : (الأصح) صوابه : الأظهر كما في « الروضة » .

قال : (**واستتار الثمر بكمامه وظهوره بالتأبير قريب من استتار الجنين وانفصاله**) فإن كانت مؤبرة في الحالين . . فللمشتري ، أو غير مؤبرة فيهما . . فللبائع ، وإن كانت في حالة دون حالة . . فالقولان .

قال : (**وأولىٰ بتعدي الرجوع**) تبع في هـٰذه العبارة « المحرر » وفيها إطلاق ، فإنها إذا كانت غير مؤبرة عند الرجوع . . فأولىٰ بعدم تعدي الرجوع ، فالذي ذكره هو فيما إذا كانت مؤبرة عند الرجوع فقط .

---

(١) في هامش(ك) :(يفرق بينه وبين عدم الرجوع في نظائره بأن المقتضي للفسخ هنا حصل من جهة المفلس ، فلم يراع جهته فيما هوتابع بخلافه في تلك النظائر) .

وَلَوْ غَرَسَ ٱلْأَرْضَ أَوْ بَنَىٰ : فَإِنِ ٱتَّفَقَ ٱلْغُرَمَاءُ وَٱلْمُفْلِسُ عَلَىٰ تَفْرِيغِهَا . . فَعَلُوا وَأَخَذَهَا ، وَإِنِ ٱمْتَنَعُوا . . لَمْ يُجْبَرُوا ، بَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيَتَمَلَّكَ ٱلْغِرَاسَ وَٱلْبِنَاءَ بِقِيمَتِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَقْلَعَهُ وَيَضْمَنَ أَرْشَ نَقْصِهِ ، وَٱلْأَظْهَرُ : أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا ، وَيَبْقَى ٱلْغِرَاسُ وَٱلْبِنَاءُ لِلْمُفْلِسِ . . . .

قال : (**ولو غرس الأرض أو بنىٰ : فإن اتفق الغرماء والمفلس علىٰ تفريغها . . فعلوا**) ؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ، وفي هٰذه الحالة لا يكلفهم أن يعطوه البناء والغراس بقيمته ؛ لأن المبيع قد سلم له .

نعم ؛ تجب تسوية الحفر ، وغرامة أرش النقص من مال المفلس يقدم بها على الغرماء .

قال : (**وأخذها**) أي : البائع إذا اختار الرجوع في الأرض ؛ لأنها عين ماله لم يتعلق بها حق .

قال : (**وإن امتنعوا . . لم يجبروا**) ؛ لأنه حين بنىٰ وغرس لم يكن متعدياً ، فإن اختلفوا فطلب بعضهم البيع وبعضهم الإبقاء . . أجيب من في قوله مصلحة .

قال : (**بل له أن يرجع ويتملك الغراس والبناء بقيمته ، وله أن يقلعه ويضمن أرش نقصه**)[1] ؛ لأن مال المفلس مبيع كله ، والضرر يندفع بكل واحد من الأمرين ، فأجبنا البائع لما طلبه منهما ، بخلاف الزرع فإنه يبقىٰ إلىٰ إدراكه ؛ لأن له أمداً ينتظر .

قال : (**والأظهر : أنه ليس له أن يرجع فيها ، ويبقى الغراس والبناء للمفلس**) ؛ لأن الغراس بلا أرض والبناء بلا مقر ولا ممر ناقص القيمة ، فلا يزال ضرر البائع بضرر المفلس .

والثاني : له ذلك ، كما لو صبغ الثوب . . فإنه يرجع فيه ، ويكون شريكاً بالصبغ .

---

(١) في نسخ « منهاج الطالبين » المعتمدة : (. . . يقلعه ويغرم أرش نقصه) .

وَلَوْ كَانَ ٱلْمَبِيعُ حِنْطَةً فَخَلَطَهَا بِمِثْلِهَا أَوْ دُونِهَا . . فَلَهُ أَخْذُ قَدْرِ ٱلْمَبِيعِ مِنَ ٱلْمَخْلُوطِ ، أَوْ بِأَجْوَدَ . . فَلاَ رُجُوعَ فِي ٱلْمَخْلُوطِ فِي ٱلأَظْهَرِ ، وَلَوْ طَحَنَهَا أَوْ قَصَرَ ٱلثَّوْبَ ، فَإِنْ لَمْ تَزِدِ ٱلْقِيمَةُ . . رَجَعَ وَلاَ شَيْءَ لِلْمُفْلِسِ ، وَإِنْ زَادَتْ . . فَالأَظْهَرُ : أَنَّهُ يُبَاعُ ، وَلِلْمُفْلِسِ مِنْ ثَمَنِهِ بِنِسْبَةِ مَا زَادَ . . . .

فرع :

اشترىٰ أرضاً من رجل ، وغراساً من آخر وغرسه فيها ، ثم أفلس . . رجع كل منهما في عين ماله ، فإن أراد صاحب الغراس القلع . . مكن وعليه التسوية والأرش ، وإن أراد صاحب الأرض . . فكذلك إن ضمن الأرش ، وإلا . . فوجهان(١) .

قال : (**ولو كان المبيع حنطة فخلطها بمثلها أو دونها . . فله أخذ قدر المبيع من المخلوط**) أي : بعد الفسخ ؛ لأنه في المثل واجد حكماً ، وفي الخلط بالدون مسامح بعيب حدث بالخلط ، وفي قول مخرج من الخلط بالأجود : إنه فاقد فيهما ، فلو طلب البيع وقسمة الثمن . . لم يجب إليه في الأصح .

قال : (**أو بأجود . . فلا رجوع في المخلوط في الأظهر**) ؛ لأن الرجوع إلىٰ عين المبيع متعذر حقيقة للاختلاط ، وحكماً لتعذر القسمة .

والثاني : يرجع كالخلط بالمثل ، لٰكن هنا يباع الجميع ويوزع الثمن علىٰ قدر القيمتين .

وفي قول : يقسم علىٰ نسبة القيمتين مراعاة للجانبين .

فلو كان المخلوط من غير جنس المبيع كالزيت بالشيرج . . فلا فسخ، بل هو كالتالف .

قال : (**ولو طحنها أو قصر الثوب ، فإن لم تزد القيمة . . رجع ولا شيء للمفلس**) ؛ لأن المبيع موجود من غير زيادة .

قال : (**وإن زادت . . فالأظهر : أنه يباع ، وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد**) ؛ لأنه زيادة حصلت بفعل محترم متقوم فوجب أن لا يضيع عليه ، بخلاف الغاصب .

مثاله : قيمة الثوب خمسة ، وبلغ بالقصارة ستة ، فللمفلس السدس من ثمنه ، فلو

---

(١) في هامش (ك) : (المعتمد : عدم تمكينه) .

وَلَوْ صَبَغَهُ بِصَبْغِهِ : فَإِنْ زَادَتِ ٱلْقِيمَةُ قَدْرَ قِيمَةِ ٱلصِّبْغِ . . رَجَعَ ، وَٱلْمُفْلِسُ شَرِيكٌ بِٱلصِّبْغِ ، أَوْ أَقَلَّ . . فَٱلنَّقْصُ عَلَى ٱلصِّبْغِ ، . . . .

ارتفعت القيمة أو انخفضت بالسوق . . فالزيادة والنقص بينهما علىٰ هـٰذه النسبة ، ولا يسلم هـٰذا الثوب قبل البيع للبائع ، ولا للمفلس ولا للغرماء ، بل يوضع عند عدل حتىٰ يباع كالجارية الحامل .

ويجوز للبائع أن يمسك المبيع لنفسه ويعطي المفلس حصة الزيادة كما نقله الرافعي بعد هـٰذا بنحو ورقة ، وزاده في « الروضة » هنا ، فعلىٰ هـٰذا : قول المصنف : (يباع) زيادة مضرة .

والقول الثاني : إن البائع يفوز بالزيادة ؛ لأنها صفات تابعة حصلت بفعل المشتري ، فأشبه سمن الدابة بالعلف وكبر الأشجار بالسقي[1] ، والخلاف جار فيما إذا اشترىٰ دقيقاً فخبزه ، أو لحماً فشواه ونحو ذلك ، ثم لا يتعين البيع كما قاله المصنف ، بل لو أراد البائع أخذه ودفع حصة الزيادة للمفلس . . كان له ذلك على الأصح .

قال : (**ولو صبغه بصبغه**) أي : بصبغ المشتري (**فإن زادت القيمة قدر قيمة الصبغ . . رجع ، والمفلس شريك بالصبغ**) ؛ لأن المبيع هو الثوب خاصة .

مثاله : قيمة الثوب أربعة والصبغ درهمان ، فصار بعد الرجوع يساوي ستة ، فيكون المفلس شريكاً بدرهمين .

والمراد بـ(زيادة القيمة) : أنها زادت بسبب الصبغ .

قال : (**أو أقل**) أي : وسعر الثوب باق بحاله (. . **فالنقص على الصبغ**) ؛ لأن أجزاءه تتفرق وتنقص ، والثوب باق بحاله .

---

(١) في هامش(ك) :(والفرق على الأول : أن القصار إذا عمل عمله . . صار الثوب مقصوراً لامحالة ، والسقي والعلف يوجدان كثيراً ولا يحصل السمن والكبر ، فكان الأثر فيه غير منسوب إلىٰ فعله ، بل هو صنع الله تعالىٰ ؛ ولهـٰذا لا يجوز الاستئجار علىٰ تسمين الدابة وتكبير الشجر ، بخلاف القصارة والطحن) .

أَوْ أَكْثَرَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلزِّيَادَةَ لِلْمُفْلِسِ . وَلَوِ ٱشْتَرَىٰ مِنْهُ ٱلصِّبْغَ وَٱلثَّوْبَ . . رَجَعَ فِيهِمَا ، إِلاَّ أَنْ لاَ تَزِيدَ قِيمَتُهُمَا عَلَىٰ قِيمَةِ ٱلثَّوْبِ فَيَكُونُ فَاقِداً لِلصِّبْغِ . وَلَوِ ٱشْتَرَاهُمَا مِنِ ٱثْنَيْنِ : فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُ مَصْبُوغاً عَلَىٰ قِيمَةِ ٱلثَّوْبِ . . فَصَاحِبُ ٱلصِّبْغِ فَاقِدٌ ، فَإِنْ زَادَتْ بِقَدْرِ قِيمَةِ ٱلصِّبْغِ . . ٱشْتَرَكَا ، وَإِنْ زَادَتْ عَلَىٰ قِيمَتِهِمَا . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ ٱلْمُفْلِسَ شَرِيكٌ لَهُمَا بِٱلزِّيَادَةِ .

مثاله : أن يساوي الثوب بعد الصبغ خمسة ، فيكون المفلس شريكاً بخمس الثوب ، فلو لم يزد شيء . . كان الثوب للبائع ، ولم يذكره المصنف .

قال : (**أو أكثر . . فالأصح : أن الزيادة للمفلس**) ؛ بناء علىٰ أنها عين كما تقدم في القصارة .

والثاني : أنها أثر والزيادة بينهما بالقسط ، فيكون للبائع ثلثا الثمن وللمفلس ثلثه ؛ لأن الصبغة اتصلت بهما فوزعت عليهما .

قال : (**ولو اشترىٰ منه الصبغ والثوب . . رجع فيهما ، إلا أن لا تزيد قيمتهما علىٰ قيمة الثوب فيكون فاقداً للصبغ**) ؛ لاستهلاكه فيضارب بثمنه .

قال : (**ولو اشتراهما من اثنين : فإن لم تزد قيمته مصبوغاً علىٰ قيمة الثوب . . فصاحب الصبغ فاقد ، فإن زادت بقدر قيمة الصبغ . . اشتركا**) فيه ، وكيفية الاشتراك كما سبق .

قال : (**وإن زادت علىٰ قيمتهما . . فالأصح : أن المفلس شريك لهما بالزيادة**) ؛ بناء علىٰ أنها عين كما سبق ، ووجه مقابله ينبني علىٰ أنها أثر .

تتمة :

إذا أخفى المديون بعض أمواله ، ونقص الظاهر عن قدر ديونه ، فحجر عليه ، وباع الحاكم أمواله وصرفها في ديونه ، ورجع أرباب الأمتعة في أمتعتهم ، ثم ظهر حاله وأنه لم يكن مستحقاً الحجر . . قال المتولي : لا ينقص شيء من ذلك ؛ لأن له

. . . .

ذلك في حق الممتنع ، والرجوع إلى الأعيان بامتناع المشتري مختلف فيه ، فإذا اتصل به حكم حاكم . . نفذ[1] .

قال الرافعي : وفيه توقف ؛ لأن القاضي ربما لا يعتقد جواز ذلك .

* * *

خاتمة

كان المبيع داراً فانهدمت ولم يتلف من نقضها شيء . . فهو نقصان صفة كالعمىٰ ، وإن تلف نقضها . . فهو نقصان جزء .

قال الرافعي : وينبغي طرد الخلاف السابق في تلف الشقص .

* * *

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

بَابُ ٱلْحَجْرِ

مِنْهُ : حَجْرُ ٱلْمُفْلِسِ لِحَقِّ ٱلْغُرَمَاءِ ، وَٱلرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ ، وَٱلْمَرِيضِ لِلْوَرَثَةِ ، وَٱلْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، وَٱلْمُرْتَدِّ لِلْمُسْلِمِينَ . وَلَهَا أَبْوَابٌ . . . .

باب الحجر

هو في اللغة : المنع .

وفي الاصطلاح : المنع من التصرف في المال .

وإنما قيد بالمال ؛ لأن السفيه يصح طلاقه ، بخلاف الصبي والمجنون ؛ لسلب عبارتهما .

والأصل في الباب : قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ فأخبر تعالىٰ : أن هـٰؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم ، فدل علىٰ ثبوت الحجر عليهم وهو نوعان :

حجر شرع لمصلحة الغير .

وحجر شرع لمصلحة المحجور عليه .

قال : (**منه : حجر المفلس لحق الغرماء ، والراهن للمرتهن ، والمريض للورثة ، والعبد لسيده ، والمرتد للمسلمين . ولها أبواب**) أي : تذكر فيها ، بعضها تقدم وبعضها يأتي ، فهـٰذه الخمسة من النوع الأول الذي لحق الغير .

قال الإمام : وأنكر بعضهم عد الرقيق من المحجور عليهم ؛ لأنه لا يملك شيئاً يتصرف فيه ، قال : وهـٰذا لا أصل له ، فالمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، والحجر عليه لحق سيده ولحق الله في قول .

ومن هٰذا النوع :

الحجر على السيد في المكاتب كما ذكره المصنف في الكتاب ، والحجر عليه في العبد الجاني كما تقدم في (البيع) ، وعلى الورثة في التركة كما تقدم في آخر (الرهن) ، والحجر الغريب وقد تقدم قبيل (التولية) ، وعلى الأب إذا أعفه ابنه بجارية حتىٰ لا يبيعها ، قاله القاضي والمتولي ، وعلى الممتنع من وفاء دينه وماله زائد إذا التمسه الغرماء في الأصح كما تقدم .

وإذا فسخ المشتري بعيب . . كان له حبس المبيع إلىٰ قبض الثمن ، ويحجر على البائع في بيعه لذلك .

وعلىٰ من غنم مال حربي مديون وقد استرق حتىٰ يوفي ، وعلى المشتري في المبيع قبل القبض ، قاله الجرجاني ، وعلى العبد المأذون للغرماء ، وعلى السيد في نفقة الأمة المزوجة حتىٰ يعطيها بدلها ؛ لأن للسيد فيها حق الملك ولها حق التوثق .

وكذلك علىٰ مالك دار قد استحقت العدة فيها ، وعلىٰ من اشترىٰ عبداً بشرط العتق ، وفي المستولدة ، وفيما إذا استؤجر على العمل فيه حتىٰ يفرغ ويعطىٰ أجرته ، وأما النوع الثاني فهو ثلاثة أضرب :

حجر صباً ، وجنون ، وسفه وسماه الغزالي تبذيراً .

قال : (**ومقصود الباب : حجر المجنون والصبي والمبذر**) وهو بالذال المعجمة من (التبذير) وهو : صرف المال في غير مصارفه .

والأصل فيه : قوله تعالىٰ : ﴿ فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ .

وفسر الشافعي رحمه الله تعالىٰ (السفيه) بالمبذر ، و(الضعيف) بالصبي ، و(الذي لا يستطيع) بالمغلوب علىٰ عقله ، وفسره ابن عباس رضي الله عنهما بالأخرس .

وألحق القاضي حسين بالمجنون النائم ؛ لأن تصرفه حال نومه غير نافذ ، وفيه نظر .

وقال المتولي : المغمىٰ عليه بالمرض كالمجنون في الحكم ، والمختار خلافه ، وصرح الغزالي بأنه ليس ممن يولىٰ عليه ، وهـٰذا هو الحق .

وذكر الإمام وجهين في الرشيد إذا كان يخدع في بعض التصرفات ، هل للقاضي أن يحجر عليه في ذلك النوع؟ ولم يصحح الرافعي شيئاً منهما[1] .

والأخرس الذي لا تفهم إشارته لا بد له ممن يتصرف عليه ، لـٰكن هل يتصرف الحاكم أو وليه في الصغر؟ فيه نظر ، ولم يتعرض الرافعي لذلك ، والظاهر : أن وليه في الصغر أولىٰ من الحاكم[2] .

قال : (**فبالجنون تنسلب الولايات**) أي : الثابتة بالشرع ـ كولاية النكاح وتفرقة الزكاة والنظر على الأطفال ـ والثابتة بالتفويض ، كالإيصاء والقضاء ؛ لأنه إذا لم يل أمر نفسه . . فأمر غيره أولىٰ .

قال : (**واعتبار الأقوال**) فلا يترتب علىٰ شيء منها مقتضاه سواء كانت له أو عليه ، سواء تعلقت بالدين كالإسلام أو بالدنيا كالمعاملات ، وقد ذكر المصنف سلب الولايات في أبوابها .

وإنما عبر بـ(الانسلاب) دون الامتناع ؛ لأن الامتناع لا يفيد السلب بدليل أن الإحرام مانع من ولاية النكاح لا سالب ، ولهـٰذا يزوج الحاكم دون الأبعد .

وسكت المصنف عن الأفعال ؛ لأنها معتبرة منه في الإتلافات كالإحبال دون غيرها كالهدية والصدقة ، فمن عامل المجنون أو أقرضه فتلف المال عنده أو أتلفه . . فمالكه هو المضيع ، وما دام باقياً . . يسترد ، وقد تقدم في (باب الفلس) حكم حلول الدين بالجنون .

قال : (**ويرتفع**) أي : الحجر (**بالإفاقة**) أي : بمجردها من غير فك ، وهـٰذا لا خلاف فيه ، واعتبار صاحب « التنبيه » (أن يفيق رشيداً) محمول علىٰ من لم يبلغ رشيداً فجن ، أما من جن بعد رشده . . فلا .

---

(١) في هامش(ك) : (أصحهما : لا ، وبه جزم ابن المقري) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

ـ وَحَجْرُ ٱلصَّبِيِّ يَرْتَفِعُ بِبُلوغِهِ رَشِيداً . وَ(ٱلْبُلوغُ) : بِٱسْتِكْمَالِ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، . . . .

وعبارة الكتاب توهم : أن ولاية القضاء ونحوها تعود بالإفاقة وليس كذلك ، بل لا تعود إلا بتولية جديدة ، فالمراد : عود الأهلية .

قال : (**وحجر الصبي يرتفع ببلوغه رشيداً**) لقوله تعالىٰ : ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ﴾ الآية .

والمراد بـ(الابتلاء) : الاختبار ، وبـ(اليتيم) : الذي مات أبوه ما لم يبلغ ، وبـ(النكاح) : الوطء لا العقد ، والقصد : أنه بمجرد البلوغ يرتفع الحجر من غير فك في الأصح .

وفي « سنن أبي داوود » [٢٨٧٣] من حديث أبي هريرة رضي الله عنه : « لا يتم بعد احتلام » .

وفي « صحيح مسلم » [١٨١٢] : أن ابن عباس رضي الله عنهما كتب إلىٰ نجدة الحروري : لا ينقطع اسم اليتم حتىٰ يبلغ أو يؤنس منه الرشد .

ولو ادعى الابن علىٰ أبيه أنه بلغ رشيداً وطلب فك الحجر عنه ، فأنكره الأب . . لم يحلفه[1] ، وقال الهروي : يحتمل أن يحلف به .

قال : (**و« البلوغ » : باستكمال خمس عشرة سنة**) أي : قمرية وذلك تحديد لا تقريب ، فلو نقصت يوماً واحداً . . لم يحكم ببلوغه ؛ لما روى ابن حبان [٤٧٢٨] عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : (عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني) وأصله في « الصحيحين » .

وفي « الطبراني » : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة . . كتب ما له وما عليه ، وأقيمت عليه الحدود » .

وفي وجه : يحصل البلوغ بالطعن في الخامسة عشر .

وثالث : بمضي نصفها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وعن أبي حنيفة : أن بلوغ الغلام بثمانية عشر ، والجارية سبعة عشر .

وعن مالك : أن ذلك لا يحصل بالسن بل بالاحتلام .

و(البلوغ) في اللغة : الوصول ، يقال : بلغ الغلام إذا أدرك .

قال : (**أو خروج مني**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ .

وقال صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتىٰ يحتلم . . . » رواه الحاكم [٢/٥٩] وقال : صحيح الإسناد .

و(الاحتلام) في اللغة : إنزال المني في النوم لرؤية جماع أو غيره .

وفي الشرع : خروج المني علىٰ أي وجه كان ، في نوم أو يقظة ، بجماع أو غيره ، من رجل أو امرأة .

وقال في « الدقائق » : إن تعبيره بـ(خروج المني) أعم من تعبير « المحرر » و« التنبيه » بـ(الاحتلام) وفيه نظر .

وهٰذا الحكم متفق عليه في الغلام ، أما الجارية . . فقيل : لا يكون ذلك فيها بلوغاً ؛ لندوره فيهن .

قال : (**ووقت إمكانه : استكمال تسع سنين**) في الذكور والإناث ؛ للاستقراء ، ولا عبرة بما يخرج قبل ذلك ، وقيل : في الصبي نصف العاشرة ، وقيل : بتمامها[١] ، وقيل : في الصبية أول التاسعة ، وقيل : نصفها .

وعبارة الكتاب و« الوجيز »[٢] توهم : أن الخلاف الأول جار فيهما ، وبه صرح في « الدقائق » ، والصواب الذي تقرر .

والوجوه الأربعة كالوجوه في أقل سن الحيض ، لٰكن العاشرة هنا كالتاسعة هناك .

---

(١) في هامش (ك) نسخة : (وقيل : نصف التاسعة . وحكاه الرافعي في « اللعان ») .

(٢) في (ت) : (وعبارة « الروضة » و« الوجيز ») ، وفي (د) : (وعبارة الكتاب و« الروضة ») .

قال : (**ونبات العانة يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر**) لا خلاف فيه عندنا ؛ لقول عطية القرظي رضي الله عنه ـ ولا يعرف نسبه وليس له غير هـٰذا الحديث ـ : (عرضت على النبي صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فكان من أنبت . . قتل ، ومن لم ينبت . . خلي سبيله ، فكنت فيمن لم ينبت فخلي سبيلي) رواه الأربعة[1] ، وحسنه الترمذي ، وقال الحاكم [٢/١٢٣] : علىٰ شرط الشيخين .

والأصح : أنه ليس ببلوغ في حقه حقيقة ، بل علامة عليه كما أشار إليه بقوله : (يقتضي) ، وصرح به الرافعي في « الشرح الصغير » هنا ، وفي « الكبير » في (كتاب السير) وفي الباب الثالث من (الدعاوىٰ) .

ووقت إمكانه وقت إمكان الاحتلام .

ومعنىٰ كونه علامة على البلوغ : أنا نستدل به علىٰ أنه بلغ بالاحتلام أو بالسن ، ولهـٰذا لو تحققنا أن عمره دون خمس عشرة سنة أو قامت بذلك بينة . . فلا أثر للإنبات ، نص عليه .

فلو ادعى المأسور عدم البلوغ وقال : تعجلت الإنبات . . لم يقبل في دفع الجزية ، وتقبل دعوى الصبي المأسور بيمينه في دفع القتل عنه ؛ لسهولة الجزية وخطر الدم ، واليمين واجبة على الصحيح ، وفيه إشكالان :

أحدهما : أن اليمين تعمل في النفي ، وهـٰذه لإثبات الاستعجال؟

وأجيب بأنا فعلناه لحقن الدم ، وقد يخالف القياس لذلك ، ولهـٰذا قبلنا جزية المجوس دون نكاحهم .

الثاني : كيف يحلف من يدعي الصبا؟ فالجواب : لا بد منها ؛ لأن الدليل الظاهر موجود فلا يترك بمجرد قوله ، وعلى القول بأنه علامة في حق الكفار فقال الجويني : إنه علامة في الرجال دون النساء ؛ لأنهن لا يقتلن إذا سبين ، قال : وكان ابن خيران

---

(١) أبو داوود (٤٤٠٤) ، والترمذي (١٥٨٤) ، والنسائي (٦/ ١٥٥) ، وابن ماجه (٢٥٤١) .

يقول : إنه علامة في الرجال والنساء ، وبهـٰذا صرح إمام الحرمين والعراقيون[1] .

ولا بد من تقييد الشعر بكونه خشناً .

وعلم من تقييد المصنف : أن شعر الإبط والشارب واللحية لا يلحق بها ، وهو الأصح في « الشرح الصغير » ، ولا اعتبار بتغير الصوت ونهود الثدي ونتوء طرف الحلق وافتراق الأرنبة .

والأصح في زوائد « الروضة » : جواز النظر إلى العانة ؛ ليعرف الإنبات ، وقيل : يمس من فوق حائل ، وقيل : يلصق بها شمع ونحوه ؛ ليعرف ، وهما ضعيفان .

قال : (**لا المسلم في الأصح**) ؛ لأن مراجعة الآباء في حق المسلمين والاعتماد علىٰ إخبارهم عن تواريخ المواليد سهل ، بخلاف الكفار ؛ فإنه لا اعتماد علىٰ قولهم ، ولأن المسلمين ربما استعجلوا بالمعالجة لدفع الحجر واستفادة الولايات ، والكفار لا يتهمون بمثله ؛ لأنهم حينئذ يقتلون أو تضرب عليهم الجزية .

والثاني ـ وبه قال مالك وأحمد ـ : أنه يجعل أمارة في حقهم أيضاً ؛ لأن الإشكال قد يقع في حق المسلمين أيضاً ، واستدل له الرافعي بما روى البيهقي[2] : أن غلاماً من الأنصار شبب بامرأة في شِعره ، فرفع إلىٰ عمر فلم يجده أنبت فقال : (لو أنبتّ . . لحددتك) .

والخلاف مفرع علىٰ أنه علامة في حق الكافر ، فإن قلنا : إنه بلوغ . . كان هنا أيضاً كذلك .

قال : (**وتزيد المرأة حيضاً وحبلاً**) أما الحيض . . فبالإجماع ، واحتج له بما روىٰ أبو داوود [٤١٠٤] عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأسماء بنت أبي بكر : « إن المرأة إذا بلغت المحيض . . لا يصلح أن يرىٰ منها إلا هـٰذا وهـٰذا » وأشار إلى الوجه والكفين ؛ فعلق وجوب الستر بالمحيض ، وذلك نوع تكليف .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) انظر «تلخيص الحبير» (٣/ ٤٤) .

وبما روىٰ أبو داوود [٦٤١] والترمذي [٣٧٧] وابن ماجه [٦٥٥] وابن خزيمة [٧٧٥] وابن حبان [١٧١١] والحاكم [١/٢٥١] عن عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » أشعر بأنها بالحيض تكلف بالصلاة .

وأما الحبل . . فلأنه مسبوق بالإنزال ، لـٰكن الولد لا يستيقن ما لم تضع ، فإذا وضعت . . حكمنا بحصول البلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء ؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، فإذا أتت زوجة صبي بولد يمكن إلحاقه به بأن كان ابن تسع سنين ونصف ولحظة . . لحقه ، وفي الحكم ببلوغه قولان :

أظهرهما : لا يحكم به ؛ لأن البلوغ لا يثبت بالإمكان .

والثاني : نعم ؛ لحكمنا بلحوق الولد .

قال بعضهم : وهما جاريان في استقرار المهر بذلك ، بل هما هما .

فرع :

الخنثى المشكل إذا خرج من ذكره مني ومن فرجه حيض . . حكم ببلوغه على الأصح .

وقيل : لا ؛ لتعارض الخارجين ، وإسقاط كل منهما حكم الآخر ، وإن خرج من أحدهما . . لم يحكم ببلوغه عند الجمهور ؛ لجواز أن يظهر من الآخر ما يعارضه .

قال الرافعي : والحق ما قاله الإمام : أنه ينبغي أن يحكم ببلوغه بأحدهما كما يحكم بذكورته أو أنوثته بذلك ، فإن طرأ ما يعارضه . . غيرنا الحكم[١] ، واستحسنه المصنف .

قال : (و« **الرشد** » : **صلاح الدين والمال**) كذا فسر ابن عباس والحسن ومجاهد الآية السالفة ، وحقيقته مركبة من شيئين فلا يصدق مسماه بدونهما .

وقال بعض الأصحاب : (الرشد) صلاح المال فقط ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، ومال إليه الشيخ عز الدين .

(١) في هامش (ك) : (ضعيف) .

فَلاَ يَفْعَلُ مُحَرَّماً يُبْطِلُ ٱلْعَدَالَةَ ، وَلاَ يُبَذِّرُ بِأَنْ يُضَيِّعَ ٱلْمَالَ بِٱحْتِمَالِ غَبْنٍ فَاحِشٍ فِي ٱلْمُعَامَلَةِ أَوْ رَمْيِهِ فِي بَحْرٍ أَوْ إِنْفَاقِهِ فِي مُحَرَّمٍ . . . .

واستشكل الأول بأن الرشد الواقع في الآية نكرة في سياق الإثبات وهي لا تعم .

وجوابه : أنها في سياق الشرط . . فعمت ، كما صرح به إمام الحرمين وغيره .

وقال ابن الرفعة : كان قاضي القضاة تقي الدين بن رزين لا يأخذ على القضاء معلوماً ، ويقضي بأن الرشد صلاح المال فقط ، ويستدل له بإجماع المسلمين علىٰ جواز معاملة من يلقاه الغريب من أهل البلاد ، مع أن العلم محيط بأن الغالب على الناس عدم الرشد في الدين والمال ، ولو كان ذلك مانعاً من نفوذ التصرف . . لم يجز الإقدام عليه .

قال : (**فلا يفعل محرماً يبطل العدالة**) هـٰذا تفسير (صلاح الدين) .

والذي يبطل العدالة : الكبيرة أو الإصرار على الصغيرة ، فلا أثر لغير المحرمات وإن أبطلت الشهادة كالأكل في السوق ونحوه ، ولا للمحرم الذي لا يبطل العدالة كالصغيرة من غير إصرار ، وكذلك ما لا تعلق له بمال .

وعن بعضهم : أن المعاصي التي لا تتعلق بإضاعة المال ، ولا يخاف معها في الغالب إتلافه كالغيبة ، أي : إذا كثرت . . لا يحجر عليه بسببها ، والمشهور : الأول ، هـٰذا كله بناء على المشهور : أن ما يخل بالمروءة ليس بحرام .

وعن القاضي تقي الدين بن رزين : أنه حكىٰ في تحريمها ثلاثة أوجه : ثالثها : أنه إن كان قد تحمل شهادة . . حرم ، وإلا . . فلا .

قال : (**ولا يبذر بأن يضيع المال باحتمال غبن فاحش في المعاملة ، أو رميه في بحر ، أو إنفاقه في محرم**) قليلاً كان أو كثيراً ؛ لما في الأول والثاني من قلة العقل والثالث من قلة الدين ، ولا يؤمن علىٰ ماله إلا ذو عقل ودين .

وفسر القاضي والفوراني والصيدلاني والإمام (التبذير) بأنه الذي لا يُكسب أجراً في الآجل ، ولا حمداً في العاجل .

وقال في « أدب الدين والدنيا » : (التبذير) : الجهل بمواقع الحقوق ، و(السرف) : الجهل بمقادير الحقوق .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّ صَرْفَهُ فِي ٱلصَّدَقَةِ وَوُجُوهِ ٱلْخَيْرِ وَٱلْمَطَاعِمِ وَٱلْمَلاَبِسِ ٱلَّتِي لاَ تَلِيقُ بِحَالِهِ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ . . . .

وظاهر كلام الغزالي : أنهما سواء .

وكان ينبغي للمصنف التعبير بـ(الخسران) أو (السرف) ؛ لأن النفقة مخصوصة بالطاعات ، والخسران والضياع بضدها .

وإطلاق الشافعي رضي الله عنه والأصحاب يقتضي : أن الإنفاق في الحرام إسراف وإن قل[١] ، فقول المصنف : (إنفاقه) يعني : إنفاق جنس المال لا جميعه .

قال : (**والأصح : أن صرفه في الصدقة ووجوه الخير والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذير**) .

أما الصدقة ووجوه الخير كبناء المساجد والمدارس وفك الرقاب.. ففيه غرض الثواب .

وانفرد الشيخ أبو محمد بقوله : إن بلغ وهو مفرط بالإنفاق في ذلك.. فهو مبذر ، وإن عرض له ذلك بعد ما بلغ مقتصداً.. لم يحكم بصيرورته مبذراً .

وأما الصرف في المطاعم والملابس والضيافة والهدايا التي لا تليق بحاله ، وكذلك شراء الجواري الكثيرة النفيسة للاستمتاع وهن غير لائقات به.. فقال الإمام والغزالي : إنه تبذير ، واختاره الشيخ ؛ لقضاء العرف بذلك[٢] ، وهـٰذا مقتضىٰ كلام الصيدلاني والفوراني ، بل قال القاضي في (قسم الصدقات) : إنه حرام ، وبه جزم الرافعي هناك ؛ لظاهر قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تُسْرِفُوٓاْ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ ﴾ .

وقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمْ يُسْرِفُواْ وَلَمْ يَقْتُرُواْ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا ﴾ .

وقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴿٢٦﴾ إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ﴾ .

وقال الأكثرون : لا يكون ذلك تبذيراً ؛ لأن المال يتخذ لينتفع ويلتذ به[٣] ، وسواء في المسألتين القليل والكثير .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ك) :(غير معتمد) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وعكس المسألة : لو قتر الموسر علىٰ نفسه . . فالأصح : أنه لا يحجر عليه[١] .

وقوله : (في الصدقة) كالتكرار ؛ لأنه داخل في وجوه الخير ، لا جرم عبر في « الروضة » بوجوه الخير كالصدقات وفك الرقاب .

قال : (**ويختبر رشد الصبي**)[٢] ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ وسواء في ذلك الذكر والأنثىٰ ، والمسلم والكافر ، ويكون في الدين والمال ، ففي الدين بالمحافظة علىٰ أداء الواجبات ، واجتناب المحرمات ، وتوقي الشبهات ، ومخالطة أهل الخير والديانات .

وصلاح الكافر في دينه بما هو صلاح عندهم .

والمخاطب بالاختبار : كل من يلي أمره من عصبة أو حاكم أو وصي على الأصح .

ولما كان أمر المحجور عليه في دينه يظهر كغير المحجور عليه . . استغنى المصنف عن التصريح به ، ولما كان تصرفه في المال مجهولاً ؛ لكون المال ليس في يده . . احتاج إلىٰ ذكره فلذلك قال :

---

(١) في هامش (ج) : (فرع : الشحيح جداً مع اليسار في الحجر عليه وجهان : أصحهما : المنع ، فمن قال بالحجر . . لم يمنع من عقوده ، ولا التصرف في ماله ، لـٰكن ينفق عليه خيراً إلا أن يخاف إخفاءه ماله لعظم شحه ، فيمنع من التصرف فيه ، قاله الماوردي . نقل من شرح « المنهاج » للسبكي رحمه الله تعالىٰ) .

(٢) في هامش(ج) :(فرع : قال الجرجاني : « مَنِ المخاطبُ باختباره؟ مبنيٌّ على الوجهين في وقت اختباره ، فإن قلنا : يختبر قبل البلوغ . . فالمخاطب به : كل ولي يلي أمره من عصبة أو حاكم أو وصي ، وإن قلنا : يختبر بعد البلوغ . . فعلىٰ وجهين :

أحدهما : يخاطبه به من كان يلي أمره في صغره ؛ لأن استدامة حجره قائمة إلىٰ حين إيناس رشده .

والثاني : يخاطب به الحاكم لا غير ؛ لأن حجر سائر الأولياء قد انفك بنفس البلوغ ، وافتقر ابتداء الحجر عليه إلىٰ أن يؤنس رشده إلى حكم حاكم ، كما يفتقر الحجر على السفيه إلىٰ حكم حاكم ») اهـ

وَيَخْتَلِفُ بِٱلْمَرَاتِبِ : فَيُخْتَبَرُ وَلَدُ ٱلتَّاجِرِ : بِٱلْبَيْعِ وَٱلشِّرَاءِ وَٱلْمُمَاكَسَةِ فِيهِمَا . وَوَلَدُ ٱلزَّرَّاعِ : بِٱلزِّرَاعَةِ وَٱلنَّفَقَةِ عَلَى ٱلْقُوَّامِ بِهَا . وَٱلْمُحْتَرِفُ : بِمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ . وَٱلْمَرْأَةُ : بِمَا يَتَعَلَّقُ بِٱلْغَزْلِ وَٱلْقُطْنِ ، وَصَوْنِ ٱلأَطْعِمَةِ عَنِ ٱلْهِرَّةِ وَنَحْوِهَا . . . .

(**ويختلف بالمراتب : فيختبر ولد التاجر : بالبيع والشراء والمماكسة فيهما**) أي : النقصان عما طلبه البائع والمشاحة فيه ، يقال : تماكس البيعان إذا تشاحا في إنقاص الثمن ، وعبارته تقتضي صحة البيع والشراء منه ، والأصح خلافه .

قال : (**وولد الزَّرَّاع : بالزراعة والنفقة على القُوَّام بها**) أي : بالزراعة ، أي : الأجراء ، والمراد : إعطاؤهم الأجرة لا الإطعام ؛ فإن الاستئجار به لا يصح ، والتبرع به من مال المحجور ممتنع ، فإن أريد إدخال العبيد والدواب . . فتحمل النفقة على العموم .

وفي « الدقائق » : أنه عدل عن المزارع إلى الزراع ؛ لأنه أعم .

قال : (**والمحترف : بما يتعلق بحرفته**) فيختبر الخياط بتقرير الأجرة وصون الثوب المسلم إليه ونحو ذلك .

و(الحرفة) : الصنعة .

قال : (**والمرأة : بما يتعلق بالغزل والقطن**) وتهيئتهما إن كانت مخدرة ، فإن كانت برزة . . فتختبر بما يختبر به الرجل المتعيش بالسوق ببيع الغزل والقطن ونحوهما من آلات النساء .

وقال القاضي : يؤمر من يخادعها ، فإن انخدعت . . فليست برشيدة ، وإلا . . فرشيدة .

قال : (**وصون الأطعمة عن الهرة ونحوها**) ؛ لأن بذلك يتبين الضبط وحفظ المال .

وقال القاضي : تختبر بمعاملة محارمها والنسوان بما يليق بها .

أما تصرف المرأة بعد الرشد . . فصحيح من غير احتياج إلىٰ إذن الزوج .

وَيُشْتَرَطُ تَكَرُّرُ ٱلِاخْتِبَارِ مَرَّتَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ . وَوَقْتُهُ : قَبْلَ ٱلْبُلُوغِ ، وَقِيلَ : بَعْدَهُ . . .

وأما رواية أبي داوود [٣٥٦٥ بنحوه] : « لا تتصرف المرأة إلا بإذن زوجها » . . فأشار الشافعي رضي الله عنه إلىٰ ضعفها ، وعلىٰ تقدير صحتها تحمل على الأولىٰ .

وولد الأمير والرئيس يختبران بالإنفاق على الخدم والعيال ، فيسلم إليه المال ويؤمر بالإنفاق ؛ ليعلم إسرافه في ذلك واقتصاده .

قال الماوردي : يعطىٰ نفقة يوم ثم أسبوع ثم شهر ، وينظر تصرفه في ذلك .

والخنثىٰ . . قال ابن المسلم : يختبر بما يختبر به الذكر والأنثىٰ جميعاً ؛ ليحصل العلم بالرشد ، لأنه إذا اختبر بما يختبر به أحدهما . . جاز أن يكون من النوع الآخر(١) .

و(الهرة) جمعها هرر كقربة وقرب ، وإذا جمعت المذكر ألحقته الهاء كقرد وقردة .

قال : (**ويشترط تكرر الاختبار مرتين أو أكثر**) ؛ لأن المرة الواحدة قد يصيب فيها اتفاقاً . . فلا بد من زيادة تفيد غلبة الظن برشده .

واعتبر الماوردي أن يكون ذلك ثلاث مرات ، كما في الكلب المعلم(٢) .

قال : (**ووقته : قبل البلوغ**) ؛ لقوله تعالىٰ ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ ولا يتم بعد احتلام .

قال : (**وقيل : بعده**) ؛ لأن تصرفه حالة الصبا غير نافذ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ج) :(فرع : قطع القاضي حسين والبغدادي والرافعي والشاشي بجواز دفع المال إليه للاختبار ، وقطعوا عليه بأنه إذا تلف في يده . . فلا ضمان على الوالي ، ويوافقه إطلاق البويطي الدفع ، وكلام المتولي والروياني يقتضي : أن جواز الدفع وعدم الضمان إن قلنا : الاختبار بعد البلوغ ، فإن قلنا : قبله . . فكلاهما يشير إلى عدم الدفع ، وكلام الجوري صريح ؛ فإن منهم من قال : لا يعطىٰ ، ومنهم من قال : يعطىٰ ويوكل ، فقد تحققنا الخلاف في الدفع إذا قلنا : الاختبار قبل البلوغ ، والأصح : الدفع ؛ لأن الاختبار الكامل لا يحصل به ، وأما اشتراط التوكيل . . فينبغي أن يكون ذلك إلى نظر الوالي واجتهاده . اهـ ، نقله الشيخ تقي الدين السبكي في « شرحه على المنهاج ») .

فَعَلَى ٱلأَوَّلِ : ٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ عَقْدُهُ ، بَلْ يُمْتَحَنُ فِي ٱلْمُمَاكَسَةِ ، فَإِذَا أَرَادَ ٱلْعَقْدَ . . عَقَدَ ٱلْوَلِيُّ . فَلَوْ بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ . . دَامَ ٱلْحَجْرُ . . . .

قال : (**فعلى الأول : الأصح : أنه لا يصح عقده ، بل يمتحن في المماكسة ، فإذا أراد العقد . . عقد الولي**) ولو تلف المال المدفوع إليه للاختبار . . فلا ضمان على الولي .

والثاني : يعقد الصبي ، ويصح منه هـٰذا العقد للحاجة .

وقيل : يشتري الولي السلعة ويواطىء بائعها ليبيعها من الصبي في الصورة ، ومنهم من قال : يعطىٰ بعض المال ويشتري هو بنفسه علىٰ معنى الرسالة كما يرسل الرجل الصبي فيشتري . . فيجوز ، حكاه الجوري .

فإن أراد بذلك صحة عقده بنفسه . . فهـٰذه فائدة عظيمة ؛ لعموم البلوىٰ بإرسال الصبيان في شراء الحوائج .

قال الشيخ : والذي قاله غير بعيد ، سواء جوزنا المعاطاة أم لا .

قال : (**فلو بلغ غير رشيد . . دام الحجر**) عليه ؛ لمفهوم الآية ، والمراد : دام جنس الحجر ، وإلا . . فحجر الصبي زال بالبلوغ ، وخلفه حجر السفه ، ولـٰكن لما اتصل السفه بالصبي . . كان بمثابة تمادي الصبا ، ولهـٰذا كان ناظراً في أمره من كان ناظراً في أمر الصبي من أب ، أو جد ، أو وصي ، أو حاكم وإن كان النظر في أمر السفيه مختصاً بالحاكم .

وقال أبو حنيفة : إن بلغ مفسداً للمال . . منع منه حتىٰ يبلغ خمساً وعشرين سنة ؛ لأنه حينُ كمال لُبِّه ، روي عن عمر رضي الله عنه : أنه قال : ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنة .

وقال أهل الطبائع : من بلغ خمساً وعشرين سنة . . فقد بلغ رشده ، ألا ترىٰ أنه يصير جداً في هـٰذا السن .

ولأن منع المال عنه علىٰ سبيل التأديب له ، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة . . فقد انقطع رجاء التأديب ، فلا معنىً لمنع المال عنه بعده ، وينفذ تصرفه وإن كان فاسقاً ، وبه قال مالك فيمن بلغ فاسقاً ، ونقل المتولي مثل مذهبهما عن بعض أصحابنا .

وَإِنْ بَلَغَ رَشِيداً . . ٱنْفَكَّ بِنَفْسِ ٱلْبُلُوغِ وَأُعْطِيَ مَالَهُ ـ وَقِيلَ : يُشْتَرَطُ فَكُّ ٱلْقَاضِي ،

وحكم الجنون إذا اتصل بالصبا حكم السفه إذا اتصل بالصبا ، وقيل : يكفي بلوغه مصلحاً لماله .

قال : (**وإن بلغ رشيداً . . انفك بنفس البلوغ وأعطي ماله**)(١) ؛ لأنه حجر ثبت بغير حاكم فلم يتوقف زواله علىٰ إزالة الحاكم ، كحجر الجنون بالإفاقة .

قال : (**وقيل : يشترط فك القاضي**) ؛ لأنه يحتاج إلىٰ نظر واجتهاد فأشبه حجر السفه الطارىء ، ورجحه البغوي وابن أبي هريرة .

وعلىٰ هـٰذا : لا بد من قول الحاكم : رفعت الحجر ، ويقوم مقامه إذنه لمن في يده المال في دفعه إليه .

---

(١) في هامش(ج) :(قوله : « وإن بلغ رشيداً . . انفك الحجر بنفس البلوغ » قال شيخ الإسلام تقي الدين السبكي في شرحه على « المنهاج » : فلم يتوقف ارتفاعه عليه ، أي : على الحكم بحجر المجنون ، وهو قول ابن سريج .

قال : وقيل : يشترط فك القاضي .

قال شيخ الإسلام السبكي : واختاره ابن أبي هريرة وصححه صاحب « التهذيب » .

قال شيخ الإسلام السبكي : والأكثرون على تصحيح الأول .

وقال الصيمري والماوردي : إن كان المولى أباً . . ارتفع بالبلوغ والرشد ، وإن كان أمين الحاكم . . لم يرتفع إلا بحكم ، وإن كان وصي أبيه . . فوجهان .

وحكى الروياني ذلك بعد حكاية الوجهين الأولين ، ومقتضىٰ ذلك : أن يأتي وجه باشتراط فك القاضي ، قالوا : كما ينفك بفك القاضي ينفك بفك الأب والجد ، وفي الوصي والقيم وجهان ، وقال : وهـٰذا يطعن في توجيههم إياه بالحاجة والنظر والاجتهاد .

وفي « تعليق القاضي حسين » في « كتاب الوصية » : أن الأب والجد يحتاج أن يرفع الحجر بنفس البلوغ أو لا بد من فكٍ؟ وجهان :

أصحهما : الأول ، سواء كان الولي أباً أم جداً أم وصياً أم حاكماً .

والثاني : لا بد من فك .

فعلى هـٰذا : إن كان أباً أو جداً . . استقل بالفك ، فيشترط أن يقول : رفعت الحجر عنه ، وإن كان الحاكم أو أمينه . . فيشترط أن يقول الحاكم ذلك ، وإن كان وصياً . . فهل هو كالأب فيستقل ، أم أنه لابد من الحاكم ، وعمل الناس في هـٰذا الزمان على أنه لا بد من الحاكم في غير الأب والجد ، لـٰكنهم يكتفون بثبوت الرشد . نقله السبكي في شرحه المسمى بـ« الابتهاج في شرح المنهاج ») اهـ ، والله أعلم .

وقال الصيمري والماوردي : إن كان الولي أباً أو جداً . . ارتفع بالبلوغ والرشد ، وإن كان أمين الحاكم . . لم يرتفع إلا بالحاكم ، وإن كان وصي أبيه . . فوجهان .

تنبيه :

أشار بقوله : (أعطي ماله) إلىٰ أنه لا فرق بين الرجل والمرأة ، ولا بين المزوجة وغيرها ، خلافاً لمالك فإنه قال : لا يسلم المال إلى المرأة حتىٰ تتزوج ، فإذا تزوجت . . يدفع إليها بإذن الزوج ، ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث ما لم تصر عجوزاً ، فقال له الشافعي رضي الله عنه : أرأيت لو تصدقت بثلث مالها ، ثم بثلث الثلثين ، ثم بثلث الباقي هل يجوز التصرف الثاني والثالث؟ إن جوزت . . سلطتها علىٰ جميع المال بالتبرع ، وإن منعت . . منعت الحر البالغ العاقل عن ماله ، ولا وجه له .

قال : (**فلو بذر بعد ذلك . . حجر عليه**) خلافاً لأبي حنيفة .

لنا : قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ﴾ والمراد : أموالهم لقوله : ﴿ وَٱرْزُقُوهُمْ فِيهَا ﴾[1] .

وروى الطبراني من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه بسند صحيح : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « خذوا علىٰ أيدي سفهائكم » .

وروى الشافعي [٣٨٤/١] والبيهقي [٦١/٦] بإسناد حسن : أن عبد الله بن جعفر رضي الله عنه اشترىٰ سبخة بثلاثين ألفاً ـ وفي رواية[2] : بست مئة ألف ـ فبلغ ذلك علياً رضي الله عنه فقال : ما يسرني أنها لي بنعلي ، فقال علي : لآتين أمير المؤمنين عثمان وأسأله أن يحجر عليه ، فذكر عبد الله بن جعفر ذلك للزبير فقال : إني شريكك فيها ، ثم بلغ ذلك عثمان فقال : كيف أحجر علىٰ رجل شريكه الزبير؟

وإنما قال عثمان ذلك ؛ لأن الزبير كان معروفاً بالضبط في التجارة ووجوه الربح والخسران .

---

(١) في هامش (ت) : (أي : اجعلوها محلاً لرزقهم بأن تتجروا فيها لهم) .
(٢) أخرجها البيهقي في « الشعب » (٧٥٧٧) .

وَقِيلَ : يَعُودُ ٱلْحَجْرُ بِلاَ إِعَادَةٍ ـ وَلَوْ فَسَقَ . . لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . . . . . .

وقوله : (حجر) المراد : أعيد عليه الحجر ، فلا يعود بدون إعادة .

وعلىٰ هـٰذا : من يعيده؟

قال الرافعي : لا خلاف أن للقاضي أن يعيده .

وكان أبو يحيى البلخي يقول : يعيده الأب والجد أيضاً ، ونقل عنه : أن الوصي يعيده أيضاً ، والمشهور : تخصيصه بالحاكم ؛ لأنه محل نظر واجتهاد[1] ، فإن عاد رشيداً . . لم ينفك إلا بالحاكم على المذهب .

قال : (**وقيل : يعود الحجر بلا إعادة**) كما لو جن ، وهـٰذا قول أبي ثور ، وإذا تصرف قبل أن يحجر عليه . . نفذ تصرفه في الأصح .

وعلى الثاني : قال ابن الرفعة : يظهر أنه كالمهمل .

قال الشيخ : وفيما قاله نظر ، والظاهر : أنه على الثاني لا ينفذ .

قال : (**ولو فسق . . لم يحجر عليه في الأصح**) ؛ لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة .

والثاني ـ وبه قال ابن سريج ـ : أنه يحجر عليه ، كما يستدام الحجر به عليه ، وكما لو عاد التبذير .

وقيد في « الوسيط » هـٰذا الوجه بما إذا رأىٰ فيه المصلحة .

وعبر في « الروضة » بالمذهب بدل الأصح .

ولا يخفىٰ أن محل الوجهين : إذا قلنا : إن اقتران الفسق أولاً مانع ، كما تقدم الجزم به في قوله : (وإن بلغ غير رشيد) ، أما إذا قلنا : يكفي صلاح المال . . فلا يحجر قطعاً ، ويؤخذ من هـٰذا : أنه يفرق الزكاة بنفسه وهو فاسق .

قال في « المحكم » : (الفسق) العصيان والترك لأمر الله والخروج عن طريق الحق .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمَنْ حُجِرَ عَلَيْهِ لِسَفَهٍ طَرَأَ . . فَوَلِيُّهُ ٱلْقَاضِي ، وَقِيلَ : وَلِيُّهُ فِي ٱلصِّغَرِ . وَلَوْ طَرَأَ جُنُونٌ . . فَوَلِيُّهُ وَلِيُّهُ فِي ٱلصِّغَرِ ، وَقِيلَ : ٱلْقَاضِي . . . .

قال : (**ومن حُجر عليه لسفه طرأ . . فوليه القاضي**) ؛ لأن ولاية الأب وغيره قد زالت فلا تعود ، وينظر من له النظر العام .

و(السفه) : ضعف العقل وسوء التصرف ، وأصله الخفة والحركة ، شبه بالثوب السفيه وهو الخفيف النسج ، قال ذو الرُّمَّة [من الطويل] :

مشين كما اهتزت رماحٌ تسفَّهت ... أعاليَها مرُّ الرياح النواسم

قال : (**وقيل : وليه في الصغر**) كمن بلغ مجنوناً .

قال الرافعي : وموضع الوجهين : إذا قلنا : يعود الحجر بنفسه ، أما إذا قلنا : القاضي هو الذي يعيده . . فهو الذي يلي أمره بلا خلاف ، وطريقة الوجهين التي في الكتاب و« المحرر » مبنية على الوجه الضعيف .

ونقل الروياني عن الشافعي رضي الله عنه : أنه إذا حجر عليه الحاكم . . يستحب له أن يرد أمره إلى الأب والجد ، فإن لم يكن . . فسائر العصبات ؛ لأنهم أشفق .

قال : (**ولو طرأ جنون . . فوليه وليه في الصغر ، وقيل : القاضي**) تعليلهما كما سبق ، والفرق على الأصح بينه وبين السفيه : أن السفه وزواله مجتهد فيه فاحتاج إلىٰ حاكم ، بخلاف الجنون ، فلو كان يغبن في بعض التصرفات دون بعض . . فهل يحجر عليه حجر خاص في ذلك النوع؟ فيه أوجه :

أحدها : لا ؛ لبعد اجتماع الحجر بالسفه وعدمه في شخص واحد[1] .

والثاني : يحجر عليه فيه ؛ لنقصه عن رتبة الكاملين .

والثالث : يحجر عليه مطلقاً ؛ لأنه لا يصدق عليه الرشد المطلق .

ويظهر جريانها فيما إذا بلغ بهٰذه الصفة .

ويستحب أن ينادىٰ على المحجور عليه ؛ ليجتنب سواء أشهد على الحجر أم لا ، فإن عامله أحد بعد ذلك . . فهو المتلف لماله ، نص عليه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

قال ابن داوود : هٰذا عندي إذا لم يطالب برده ، فإن طالبه به فلم يفعل حتىٰ تلف . . لزمه ضمانه ، كما لو غصبها أو أتلفها[١] .

قال : (**ولا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء**) ؛ لأن ذلك مظنة الضرر سواء كان على العين أم في الذمة ، سواء كان فيه غبطة أم لا ، وفي شرائه في الذمة وجه ضعيف .

أما إذا توكل في ذلك لغيره . . فوجهان : مقتضىٰ تصحيح الرافعي في مسألة شراء السفيه بإذن الولي مع تقدير العوض : المنع[٢] ، لٰكنه صحح في (الوكالة) جواز توكيله في قبول النكاح .

هٰذا كله إذا لم يأذن له الولي في ذلك ، فإن أذن له . . فسيأتي .

قال : (**ولا إعتاق**) بالإجماع ، لا بإذن ولا بغيره ، سواء كان العتق مجاناً أو بعوض ، فإن وكله غيره في ذلك حيث لا يكون لعمله أجرة ولا عهدة فيه . . فالأصح أيضاً : أنه لا يصح ، ولو لزمه كفارة يمين أو ظهار . . صام كالمعسر ؛ حفظاً لماله ، بخلاف كفارة القتل ؛ فإن الولي يعتق عنه كما سيأتي في بابه .

كل هٰذا في حال الحياة ، أما عتقه بعد الموت كالتدبير والوصية . . فيصح كما سيأتي في بابه .

قال : (**وهبة**) فلا يهب شيئاً من ماله بالاتفاق ، أما قبوله الهبة والوصية . . فكلام الرافعي يقتضي : أنه لا يصح ، والأصح في زوائد « الروضة » : الصحة[٣] ، ونقله الإمام عن الأكثرين ، وجزم به الماوردي ، واختاره الشيخ .

وعلىٰ هٰذا : لا يجوز تسليمها له ، فإن سلمه فاستهلكه . . غرم من سلمه في الوصية دون الهبة ؛ لأنه ملك الوصية بقبوله ، ولم يملك الهبة بقبوله .

وقال في « المطلب » : الذي يظهر : أنه يصح قبضه الموهوب ويملك به .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش(ك) : (أي : في قبوله الهبة دون الوصية) .

وَنِكَاحٌ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ ، فَلَوِ ٱشْتَرَىٰ أَوِ ٱقْتَرَضَ وَقَبَضَ وَتَلِفَ ٱلْمَأْخُوذُ فِي يَدِهِ أَوْ أَتْلَفَهُ . . فَلاَ ضَمَانَ فِي ٱلْحَالِ ، سَوَاءٌ عَلِمَ حَالَهُ مَنْ عَامَلَهُ أَوْ جَهِلَهُ ، . . . .

أما ضمان السفيه : فعند الإمام والغزالي باطل ؛ لأنه تبرع[1] ، واعترضهما الرافعي بأن كونه تبرعاً إنما يظهر حيث لا رجوع ، أما حيث يرجع . . فهو إقراض لا محض تبرع .

وأجاب المصنف بأنه لو سلم أنه قرض . . فهو قرض تبرع ، وأيضاً ففي الضمان غرر بلا مصلحة .

قال : (**ونكاح بغير إذن وليه**) هـٰذا عائد على النكاح خاصة ؛ فإنه الذي يصح بالإذن ، وسيأتي في (كتاب النكاح) الولي الذي يزوجه ، أما الهبة والإعتاق . . فباطلان مطلقاً ، وكذا البيع في الأصح .

قال : (**فلو اشترىٰ أو اقترض وقبض وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه . . فلا ضمان في الحال ، سواء علم حاله من عامله أو جهله**) ؛ لأن الذي عامله كان من حقه أن لا يعامله إلا عن بصيرة ، فالذي أقبض هو المضيع .

وقيل : إن جهل حاله . . وجب الضمان .

هـٰذا إذا أقبضه البائع الرشيد ، فإن أقبضه السفيه بغير إذن البائع ، أو أقبضه البائع وهو محجور عليه . . فإنه يضمنه بالقبض قطعاً ، فإطلاقه محمول علىٰ ما إذا أقبضه البائع الرشيد .

ولا خلاف أنه إذا كانت العين في يده . . يجب ردها ، ويجب علىٰ وليه استرداد الثمن إن كان أقبضه .

وقوله : (سواء علم أو جهل) وصواب العبارة : سواء أعلم أم جهل ، قال تعالىٰ : ﴿ وَسَوَآءٌ عَلَيْهِمْ ءَأَنذَرْتَهُمْ أَمْ لَمْ تُنذِرْهُمْ ﴾[2] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (عبارة المصنف صحيحة جارية علىٰ لغة) .

وَلاَ بَعْدَ فَكِّ ٱلْحَجْرِ . وَيَصِحُّ بِإِذْنِ ٱلْوَلِيِّ نِكَاحُهُ ، لاَ ٱلتَّصَرُّفُ ٱلْمَالِيُّ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**ولا بعد فك الحجر**) ؛ لتقصيره أيضاً ، ومقتضىٰ كلام الرافعي والمصنف : أن الضمان كما ينتفي في الحكم ينتفي أيضاً فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، وقد صرح به الإمام والغزالي في « الوسيط »[1] ، وحكيا وجهاً : أنه يطالب فيما بينه وبين الله تعالىٰ ، وضعفاه بأنه لو وجب باطناً . . لم تمتنع المطالبة به ظاهراً .

وقيل : إن علم البائع بالحجر . . لم يجب الضمان ، وإلا . . وجب ، واختاره الروياني .

قال : (**ويصح بإذن الولي نكاحه**) هـٰذا الذي قطع به العراقيون ، وله شروط ذكرها المصنف وغيره ستأتي هناك مبسوطة إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**لا التصرف المالي في الأصح**) كما لو أذن لصبي .

والثاني : يصح كالنكاح ، ورجحه الإمام ومال إليه الغزالي ، وهـٰذه غير مسألة بيع الاختبار[2] .

والوجهان محلهما : إذا عين له الولي قدر الثمن ، فإن لم يعينه . . قال القاضي حسين : بطل جزماً .

وألحق في « المطلب » تعيين المبيع بتعيين الثمن ، ويتقدر بثمن المثل ، وهـٰذا بخلاف ما لو أذن له في النكاح ولم يقدر مهراً . . فإنه يصح ويتقدر بمهر المثل ، والفرق : أن المهر في الصداق ليس بركن ، والثمن في المبيع ركن .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (قال الإسنوي : إذا كان للصبي أو السفيه كسب . . أجبره الولي على الاكتساب ؛ ليرتفق به في النفقة وغيرها ، كذا حكاه في « الروضة » عن « البيان » .
فلو أجر السفيه نفسه . . فقد أطلق القاضي الحسين والهروي خلافاً في صحته ، وفي « الحاوي » : أنه إن أجر فيما هو مقصود من عمله ـ مثل أن يكون صائغاً ـ وعمله مقصود في كسبه . . لم يصحَّ ذلك منه ، وباشرَ العقد ، وإن كان غير مقصود ـ مثل أن يؤاجر نفسه في حج أو وكالة في عمل وليس عمله مقصوداً في كسبه ؛ لاستغنائه بماله ـ صحت الإجارة ؛ لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره بهـٰذا العمل . . كان فعله إياه بعوض جائزاً بطريق الأولىٰ) .

وَلاَ يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِدَيْنٍ قَبْلَ ٱلْحَجْرِ أَوْ بَعْدَهُ ـ وَكَذَا بِإِتْلاَفِ ٱلْمَالِ فِي ٱلأَظْهَرِ ـ . . .

وشملت عبارة المصنف : البيع والشراء وإجارة أملاكه ، ومقتضاها : طرد الخلاف في كل تصرف مالي ، ومنه الهبة والعتق والكتابة ، ولا خلاف في بطلانها مع الإذن .

والجواب : أنه إذا وكل فيها . . يجري الخلاف ، وهـٰذا كاف في تصحيح كلامه ؛ لأنه لم يقل : تصرفه في ماله ، وأيضاً المفهوم لا عموم له ، بل يقتضي : أن منها ما يصح علىٰ وجه .

ولو أذن له الحاكم في تصرف . . هل يصير مطلق التصرف في كل تصرف؟ وجهان .

ولو ثبت للسفيه دين فقبضه بإذن وليه . . ففيه وجهان : رجح الحناطي الاعتداد بقبضه[1] ، كذا نقله الرافعي عنه في أوائل الباب الثاني من أبواب (الخلع) .

ويستثنىٰ من عموم التصرف المالي : لو وجب عليه قصاص فصالح بغير إذن الولي على الدية أو أكثر . . صح ، وإن وجب له قصاص . . فله العفو علىٰ مال ، وكذا مجاناً على المذهب كما سيأتي في مكانه ، وكذلك يصح عقده الذمة بدينار بلا خلاف ، وبأزيد من الدينار علىٰ رأي القاضي حسين والغزالي .

قال الإمام : وإذا انتهىٰ إلى الضرورة في المطاعم . . فالوجه عندي : القطع بجواز تصرفاته .

قال : (**ولا يصح إقراره بدين قبل الحجر أو بعده**) كالصبي إذا أقر ، وفيما أسنده إلىٰ ما قبل الحجر وجه ، فلو فك عنه الحجر . . لا يلزمه ما أقر به .

قال : (**وكذا بإتلاف المال في الأظهر**) كدين المعاملة .

والثاني : يقبل ؛ لأنه لو باشر الإتلاف ضمن ، فإذا أقر به . . قبل ، وذلك في الدنيا كما تقدم .

وينبني على القولين سماع الدعوىٰ .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَصِحُّ بِٱلْحَدِّ وَٱلْقِصَاصِ ، وَطَلَاقُهُ وَخُلْعُهُ وَظِهَارُهُ وَنَفْيُهُ ٱلنَّسَبَ بِلِعَانٍ . وَحُكْمُهُ فِي ٱلْعِبَادَةِ كَٱلرَّشِيدِ ، . . . .

وعرض اليمين : إن قبلناه . . سمعت وعرضت اليمين ، فإن حلف . . انقطعت الخصومة ، وإن نكل . . عرضت على المدعي ، فإن حلف . . استحق ، وإن لم نقبله . . لم تسمع الدعوىٰ حيث لا بينة .

وحكم الغصب والجناية في جميع ما ذكرناه حكم الإتلاف ، وكذا السرقة التي لا توجب القطع ، ثم إن المصنف حكى الخلاف كـ« المحرر » قولين ، وحكياه في (دعوى الدم والقسامة) وجهين وقالا : إنهما سبقا في (الحجر) .

قال : (**ويصح بالحد والقصاص**) ؛ لعدم تعلقهما بالمال ، ولبعد التهَمة فيهما ، فإن كان الحد سرقة . . قطع لها ، وفي ثبوت المال قولان كما في العبد ، قاله الرافعي ، والصحيح في العبد : عدم ثبوته .

قال : (**وطلاقه وخلعه وظهاره ونفيه النسب بلعان**) هـٰذه معطوفات على الضمير في قوله : (ويصح) أي : ويصح إقراره ، ولا فرق في صحة خلعه بين أن يكون بمهر المثل أو أقل ؛ لأن له أن يطلق مجاناً فبعوض أولىٰ .

وقوله : (بلعان) لا حاجة إليه ؛ لأن له نفيه من أمته بالحلف لا باللعان ، وكذلك تصح رجعته ، فإن كان مطلاقاً . . سُرِّيَ جاريةً ، فإن تضجر منها . . أبدلت .

ولو احتطب أو احتش أو اصطاد . . ملك بلا خلاف .

ولو أقر باستيلاد أمة . . لم يقبل وتباع إذا اختار الولي ، إلا أن يثبت أنها فراش وتلد لمدة الإمكان .

ولو أقر بنسب . . ثبت وأنفق على المستلحق من بيت المال ، وأكثر هـٰذه المسائل مذكورة في أبوابها .

قال : (**وحكمه في العبادة كالرشيد**) ؛ لاجتماع الشرائط فيه ، ومراده : العبادة الواجبة مالية كانت أو بدنية ، أما غير الواجبة . فالمالية كصدقة التطوع وغيرها ليس هو فيها كالرشيد .

لَـٰكِنْ لاَ يُفَرِّقُ ٱلزَّكَاةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِذَا أَحْرَمَ بِحَجِّ فَرْضٍ . . أَعْطَى ٱلْوَلِيُّ كِفَايَتَهُ لِثِقَةٍ يُنْفِقُ عَلَيْهِ فِي طَرِيقِهِ . وَإِنْ أَحْرَمَ بِحَجِّ تَطَوُّعٍ وَزَادَتْ مُؤْنَةُ سَفَرِهِ عَلَىٰ نَفَقَتِهِ ٱلْمَعْهُودَةِ . . فَلِلْوَلِيِّ . . . .

قال : (**لـٰكن لا يفرق الزكاة بنفسه**) ؛ لأنه تصرف مالي ، ولا فرق بين زكاة المال وزكاة الفطر ، بل ينوي الولي ويفرقها كزكاة الصبي ، فلو أذن له الولي في التفرقة . . جاز ؛ لأنه يجوز أن يوكله الأجنبي فيها كما صرح به القاضي والبغوي والروياني ، فإذا جاز ذلك في مال الأجنبي . . ففي ماله أولىٰ إذا أذن الولي ، لـٰكن شرط فيه الروياني تعيين المدفوع إليه ، فينبغي اشتراطه هنا[١] .

قال : (**وإذا أحرم بحج فرض . . أعطى الولي كفايته لثقة ينفق عليه في طريقه**) ؛ خوفاً من تفريطه فيه ، اللهم إلا أن يسافر معه ، وإذا رأىٰ أن يدفع إليه نفقة أسبوع . . فعل ، وإن كان اللائق به دفعها يوماً بيوم . . فعل .

هـٰذا كله بعد الإحرام ، أما قبله . . فلا ؛ لأنه على التراخي ، اللهم إلا أن يسافر لذلك وأخر الإحرام إلى الميقات . . فإنه يعطىٰ .

وحكم العمرة كالحج ، فلو عبر بـ(النسك) كان أشمل .

ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين فرض الإسلام والمنذورة قبل الحجر[٢] .

وقوله : (لثقة) الصواب حذف اللام ؛ لأن (أعطىٰ) يتعدىٰ لاثنين بنفسه .

ولو أحرم بحج تطوع ثم حجر عليه قبل إتمامه . . فحكمه حكم الفرض ، قاله الرافعي في أوائل (الحج)[٣] .

قال : (**وإن أحرم بحج تطوع وزادت مؤنة سفره علىٰ نفقته المعهودة . . فللولي**

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش(ك) :(وكذا بعده على الأصح ، وفي التحاق القضاء الواجب في حال السفه بما ذكرناه وجهان حكاهما في « الروضة » عن « الحاوي » من غير ترجيح ، ولم أر تصريحاً بالحجة التي استؤجر قبل الحجر علىٰ أدائها ، والقياس ومقتضىٰ إطلاقهم : أنها كما تقدم ، وتعبير المصنف بالفرض شامل لهـٰذه الصفات كلها) .

(٣) في هامش(ك) :(هو الأصح) .

مَنْعُهُ ، وَٱلْمَذْهَبُ : أَنَّهُ كَمُحْصَرٍ فَيَتَحَلَّلُ . قُلْتُ : وَيَتَحَلَّلُ بِٱلصَّوْمِ إِنْ قُلْنَا : لِدَمِ ٱلإِحْصَارِ بَدَلٌ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ ٱلْمَالِ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي طَرِيقِهِ كَسْبٌ قَدْرَ زِيَادَةِ ٱلْمُؤْنَةِ . . لَمْ يَجُزْ مَنْعُهُ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

منعه) ؛ صيانة لماله ، وهٰهنا اتفقوا علىٰ صحة إحرامه بحج التطوع كالعبد ، بخلاف الصبي المميز حيث لا يصح في الأصح ، والفرق : استقلال السفيه .

ثم إن لم تزد مؤنة سفره علىٰ نفقة الحضر . . فالإحرام لازم ، وإن زادت ولا كسب له في الطريق يفي بالزائد . . لم يعطه الولي الزائد ، والتعبير بالمنع وقع هنا وفي كتب الرافعي والمصنف ، وهو يقتضي : أن الولي يمنعه من نفس السفر ، وعبارتهما وعبارة غيرهما في (كتاب الحج) : أن للولي تحليله .

وعبر الإمام والغزالي بأن له منعه من زوائد المؤنة لا نفس المضي ، ومال إليه في « المطلب » ، وحمل كلام الشيخين عليه .

قال : **(والمذهب : أنه كمحصر فيتحلل)** ؛ لأنه ممنوع .

والطريقة الثانية : وجهان :

أحدهما : هٰذا .

والثاني : أنه كمن فقد الزاد والراحلة لا يتحلل إلا بلقاء البيت ؛ لاشتراكهما في امتناع الذهاب للعجز .

قال : **(قلت : ويتحلل بالصوم إن قلنا : لدم الإحصار بدل ؛ لأنه ممنوع من المال)** وتقدم في (الحج) : أن هٰذا هو الأصح ، وإن قلنا : لا بدل له . . فإنه يبقىٰ في ذمة السفيه كما صرح به في « المطلب » .

قال : **(ولو كان له في طريقه كسب قدر زيادة المؤنة . . لم يجز منعه والله أعلم)** ؛ لأن الإتمام من دون التعرض للمال ممكن ، واستشكله في « المطلب » إذا كان عمله مقصوداً بالأجرة حتىٰ لا يجوز التبرع به .

وجوابه : أن المسألة مفروضة فيما إذا كان كسبه في السفر لا يتأتىٰ منه في الحضر ، ومثل ذلك لا يعد الولي به مفوتاً للمال ؛ لأنه لو أقام . . لما حصل ذلك الكسب ، أما عمل الحضر الذي يفوت بالسفر . . فليس مقصوداً هنا .

فَصْلٌ :

وَلِيُّ ٱلصَّبِيِّ : أَبُوهُ ، ثُمَّ جَدُّهُ ، . . . .

وإذا أفسد حجه بجماع . . لزمه المضي فيه ، وينفق الولي عليه فيه ، وهل يعطيه نفقة القضاء؟ فيه وجهان في « البحر »[1] .

وجميع ما ذكرناه في الحج جار في العمرة ، إن قلنا : إنها فرض . . فكحج الفرض ، وإن قلنا : تطوع . . فكحج التطوع .

تتمة :

سئل الشيخ عن يتيم تحت حجر الشرع ، له مال يعامل فيه ناظر الأيتام بإذن الحاكم ، ثم إن اليتيم سكن قرية من بلاد القدس ، ومضت عليه مدة تحقق فيها بلوغه ـ ولم يعلم هل بلغ رشيداً أو لا ـ هل تجوز المعاملة في ماله بعد مدة البلوغ المذكورة وإخراج الزكاة أو لا؟

فقال : لا تجوز المعاملة في ماله ، ولا إخراجُ الزكاة منه في هـٰذه الحالة ، ويعضد ذلك قول الأصحاب : إن الولي إذا أجر الصبي مدة يبلغ فيها بالسن . . لم يصح فيما زاد على البلوغ[2] .

قال : (**فصل** :

ولي الصبي : **أبوه**) بالإجماع ، هـٰذا إذا كان أميناً وليس للحاكم منعه من ذلك ، لـٰكن يستثنىٰ من ذلك من ألحقنا به النسب ولم يحكم ببلوغه .

قال : (**ثم جده**) المراد به : أبو الأب وإن علا كولاية النكاح .

وعن مالك : لا ولاية للجد .

والشرط فيهما الحرية ، فلا ولاية لرقيق علىٰ مال ولده ، ويشترط أيضاً الإسلام في

---

(١) في هامش (ك) : (أصحهما : أنه ينفق عليه منه ، لأن القضاء فرض كالأداء) .

(٢) في هامش (ك) : (قال : فهـٰذا يدل علىٰ أنهم لا يكتفون في العقود بالأصل . اهـ

قال والدي : وما أفتىٰ به ممنوع ، ولا دليل له فيما استند إليه ؛ إذ صورته فيمن بلغ رشيداً) .

ثُمَّ وَصِيُّهُمَا ، ثُمَّ ٱلْقَاضِي . وَلاَ تَلِي ٱلأُمُّ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيَتَصَرَّفُ ٱلْوَلِيُّ بِٱلْمَصْلَحَةِ ، . . . .

الولد المسلم ، وفي اشتراطه في الولد الكافر وجهان : أصحهما : لا ، كما قاله في « المطلب » في (الشهادات) .

ولا يحتاج الحاكم إلىٰ ثبوت عدالتهما الباطنة ، بل يكتفي بالعدالة الظاهرة ، لٰكن إذا فسقا . . نزع القاضي المال منهما كما قاله الرافعي في (الوصية) ، فإذا عادا إلى الصلاح . . عادت ولايتهما وأمانتهما على الأصح .

قال : (**ثم وصيهما**) أي : وصي آخرهما موتاً ؛ فإن الجد إذا مات أولاً والأب حي بصفة الولاية . . فالولاية له ، وبالعكس تكون الولاية للجد بالشرع ، وفي هٰذه الصورة وجه : أن وصي الأب مقدم على الجد ، والصحيح : خلافه .

قال : (**ثم القاضي**) ؛ لأنه ولي من لا ولي له ، وكذلك أمين الحكم . . فحكمه في ذلك حكم القاضي

ولو كان اليتيم في بلد وماله في غيره ، فهل الولاية[1] لقاضي بلد المال أو بلد اليتيم؟ وجهان : أولاهما : الأول .

واستفيد بتعبير المصنف بـ(ثم) ترتيب المذكورين ، وهو كذلك .

قال : (**ولا تلي الأم في الأصح**) قياساً على النكاح .

والثاني : تلي بعد الأب والجد ، وتقدم علىٰ وصيهما لكمال شفقتها .

وحكم المجنون ومن بلغ سفيهاً حكم الصبي في ترتيب الأولياء .

وفهم من جميع ما تقدم : أنه لا ولاية للفرع عند جنون الأصل أو سفهه كولاية النكاح ، وأيضاً فالأصول أشفق من الفروع ، ولو قيل بإثباتها لهم كما تثبت لبنت المجنون عليه الحضانة . . لم يبعد ، إلا أن يجاب بأن باب الحضانة أوسع .

قال : (**ويتصرف الولي بالمصلحة**) ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾ فيكسوهما كسوة تليق بهما من يسارهما وإعسارهما ، ويشتري له

---

(١) في هامش (ك) : (أي : ولاية حفظ المال ، أما نصب الوصي والتصرف في المال . . فمتعلق بقاضي بلد اليتيم) .

. . . .

العبد والأمة إن احتاج إلىٰ ذلك ، ويصرف أجرة معلمهما القرآن الذي يؤدي به فرائض الصلاة ، ولو علمه جميع القرآن أو حرفة . . ففي الأجرة وجهان : أصحهما : في مال الصبي ؛ لما فيه من مصلحته كأجرة الحلاق والحجام والطبيب .

وإذا كان يخرق الكسوة . . هدده ، فإن لم يفعل . . اقتصر في البيت علىٰ إزار ، وإذا خرج . . كساه وجعل عليه رقيباً .

وقال الإمام والغزالي : يجوز أن يشتري له المعيب ، وصرح المتولي بعدم الصحة[1] .

ويستحب أن يشتري له العقار[2] ، وهو أولىٰ من التجارة ، فإن كان لا يحصل من ريعه قدر الكفاية . . فالتجارة أولىٰ عند إمكانها ، وشرط الأصحاب فيمن يشتري منه العقار : أن يكون ثقة ؛ ليؤمَنَ منه بيع ما لا يملكه .

قال الشيخ : وكذا ينبغي في غير العقار مما يخشىٰ عاقبته[3] .

قال الإمام : ولا يشتري عقاراً نفيساً لا يحتفل بمغله بالنسبة إلىٰ ثمنه ، كدار عظيمة لا يحتاج إليها الصبي ، ولا يوجد لها مكتر .

ويخرج من ماله أروش الجنايات وبدل الإتلافات وإن لم تطلب ، ونفقة القريب الثابت النسب بالبينة بعد الطلب ، ويسقي نخله ويتعهدها ، فإن ترك . . ضمن الدواب دون النخل .

وقال القفال : إذا ترك ورق الفرصاد حتىٰ فات وقته . . ضمن ، وإذا ترك عمارة عقاره حتىٰ خرب وعنده ما يعمر به . . أثم ، وفي ضمانه وجهان جاريان فيما إذا ترك إجارة عقاره مع التمكن ، وفيما إذا ترك بدل الخلع الذي قبضه بغير إذنه في يده بعد العلم حتىٰ تلف[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (إذا لم تكن فيه مصلحة) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) في هامش : (ك) : (الأصح في ذلك : الضمان) .

. . . .

وإذا ترك مطالبة غريمه الموسر حتىٰ أفلس . . فيشبه أن يأتي فيه الوجهان ، ولم أر من صرح به[١] .

وفي « فتاوى المصنف » : يجوز للأب استخدام ولده وضربه علىٰ ذلك ، مما فيه تدريبٌ للصبي وتأديب وحسن تربية ونحو ذلك .

وسئل عن يتيم أخذه جده لأمه فاستخدمه حتىٰ بلغ هل تجب عليه أجرة؟ فقال : عليه أجرة المثل للمدة التي لم يكن فيها رشيداً[٢] ، سواء ما قبل البلوغ وما بعده ، وإلىٰ ذلك كله سبقه ابن الصلاح .

وله المسافرة بمال المحجور عليه إذا دعت ضرورة إليه كنهب أو حريق ، وإلا ، فإن كان الطريق مخوفاً . . لم يسافر به ، وإن كان آمناً . . فالأصح : الجواز .

أما سفر البحر . . ففي حالة غلبة السلامة الأكثرون منعوا ذلك .

وقيل : يجوز إن أوجبنا ركوبه للحج ، وحيث منعنا فسافر به . . قال القاضي : لا ينعزل بذلك .

ويجوز أن يزرع له ، قاله في « الشامل » في (التفليس) .

وقال ابن الرفعة : الظاهر : أنه لا يجوز أن يشتري له الرقيق للتجارة ؛ لغرر الهلاك ، بخلاف عامل القراض .

وإذا تضجر الأب بحفظ مال الطفل . . جاز أن يستأجر من مال الطفل من يتولىٰ ذلك ، وله أن يرفع الأمر إلى القاضي ليقيم قيماً بأجرة ، فإن طلب هو من القاضي أن يقرر له أجرة علىٰ ذلك . . لم يجبه إليه غنياً كان أو فقيراً ، لٰكن إن كان فقيراً ينقطع به عن كسبه . . فله أن يأكل بالمعروف ، والمعتبر أقل الأمرين من أجرة مثله وقدر كفايته ، وهل يرد البدل إذا أيسر؟ قولان : أصحهما في زوائد « الروضة » : لا ؛

---

(١) في هامش (ك) : (الأصح في هٰذا : عدم الضمان ، والفرق بين هٰذه والذي قبلها واضح) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَبْنِي دُورَهُ بِٱلطِّينِ وَٱلآجُرِّ لاَ ٱللَّبِنِ وَٱلْجِصِّ ، وَلاَ يَبِيعُ عَقَارَهُ إِلاَّ لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ ظَاهِرَةٍ ، . . . .

لظاهر القرآن ، وكذا حكم الوصي ، وستأتي الإشارة إلىٰ ذلك في آخر (الوصايا) إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**ويبني دوره بالطين والآجر**) ؛ لأن الآجر يبقىٰ ، والطين قليل المؤنة وينتفع به بعد النقض ، واختار الماوردي والروياني وطائفة أنه يبني بما جرت العادة به في عرف البلد

وقال في « البيان » : الحجر أولىٰ من الآجر .

و(الآجر) : الطوب المشوي ، فارسي معرَّب ، حكىٰ في « التحرير » وغيره فيه ست لغات أشهرها : تشديد الراء ، الواحدة آجرة ، وأول من صنعه هامان .

قال : (**لا اللبن والجص**) ؛ لأن اللبن يصير إذا انهدم تراباً ، والجص كثير المؤنة ، ويلتصق بالطوب فلا ينتفع به إذا انهدم ويكسر كثيراً من الطوب .

وعبارة المصنف وافق فيها « المحرر » و« الروضة » ، والذي في « الشرح الكبير » عطف الجص بـ(أو) وهي أولىٰ ؛ لأنها تدل على الامتناع في اللبن ، سواء كان مع الطين أو الجص ، وعلى الامتناع في الجص سواء كان مع اللبن أو الآجر ، فيفيد ذلك منعهما مجتمعين ، ومنع اللبن والطين ، ومنع الآجر مع الجص ، والتعبير بـ(الواو) لا يفيد إلا منع الاجتماع .

و(الجص) بكسر الجيم وفتحها ، فارسي معرب أيضاً .

واشترط ابن الصباغ في بناء العقار : أن يساوي بعد بنائه قدر ما صرف عليه[1] ، وهـٰذا في زماننا في غاية الندور ، فهو في الحقيقة منع للبناء[2] .

قال : (**ولا يبيع عقاره إلا لحاجة أو غبطة ظاهرة**)[3] ؛ لأن العقار أحسن ما يقتنىٰ .

---

(١) في هامش (ك) : (الأوجه خلافه) .

(٢) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

(٣) في هامش (ج) : (والمراد بالحاجة : الحاجة إلى النفقة والكسوة وما لا بد منه . نقله السبكي في شرحه على « المنهاج » رحمه الله تعالىٰ) .

وحكم الأواني من صُفر[1] ونحوه مما يعد للقنية حكم العقار ، قاله البندنيجي ، وما عدا ذلك من أمواله لا يجوز أيضاً بيعه إلا لحاجة أو غبطة ، لٰكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل بخلاف العقار .

وأما أموال التجارة . . فينبغي جواز بيعها من غير تقييد بشيء مما ذكر[2] .

والمراد بـ(الحاجة) : خوف خراب العقار ، أو إعواز نفقة ولم يجد مقرضاً .

وأما الغبطة . . فكثقل خراجه مع قلة ريعه ، أو راغب بزيادة علىٰ ثمن مثله وهو يجد مثله ببعضه ، وهٰذا علىٰ سبيل المثال لا علىٰ سبيل الاشتراط ، وكذلك الحكم لو وجد مثله ببعض ذلك الثمن .

وقوله : (ظاهرة) ليست في « المحرر » ولا في « الشرح » ولا في « الروضة » ، لٰكن فيها تفسير الغبطة بما ذكرناه .

وضبط الإمام الزيادة بأن لا يستهين بها العقلاء بالنسبة إلىٰ شرف العقار .

وقال الجوهري : الغبطة حسن الحال ، ويظهر جواز بيعه بثمن مثله دفعاً لرجوع الواهب ، وفي دخوله في الغبطة نظر .

فروع :

أمسك الولي عن البيع ؛ لتوقع زيادة فرخص قال القفال : لا يضمن[3] ، وقال الجيلي : يضمن .

وسئل القفال عن ضيعة خراب ليتيم تستأصل في خراجها فقال : يجوز بيعها ولو بدرهم ؛ لأنه المصلحة[4] .

وأفتى ابن الصلاح بأن من في يده مال ليتيم وليس بوصي ، ولو سلمه إلىٰ ولي

(١) في هامش (ك) : (أي : نحاس) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَهُ بَيْعُ مَالِهِ بِعَرْضٍ وَنَسِيئَةً لِلْمَصْلَحَةِ ، وَإِذَا بَاعَ نَسِيئَةً . . أَشْهَدَ وَارْتَهَنَ بِهِ . . . .

الأمر . . خاف ضياعه : أنه يجوز له النظر في أمره ، والتصرف في ماله بالتجارة والإنفاق للضرورة ، ومخالطته في الأكل[1] .

وإذا باع الأب أو الجد عقاراً للطفل ورفع إلى القاضي . . سجل علىٰ بيعه ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة بالبينة ؛ لأنه غير متهم ، وفي بيع الوصي والأمين لا يسجل إلا إذا قامت البينة بذلك .

ومقتضى التعليل في الأب والجد : استثناء الأم من الأوصياء .

وأطلق الشيخان هنا : أنه لا يهب أمواله بشرط الثواب ولا دونه ؛ إذ لا يقصد بالهبة العوض ، لـٰكنهما صححا : أنه إذا ذكر فيها ثواباً معلوماً جرىٰ عليها جميع أحكام البيع ، وحينئذ ينبغي أن يجوز ذلك حيث يجوز البيع[2] .

قال : (**وله بيع ماله بعرض**) هـٰذا لا خلاف فيه إذا كانت فيه مصلحة .

قال : (**ونسيئة للمصلحة**) هـٰذا قيد في العرض والنسيئة ، ولا بد أن يزيد علىٰ ثمنه نقداً ؛ لأن الأجل يقابل بقسط من الثمن .

ويشترط كون المشتري موسراً ثقة والأجل قصيراً ، واختلفوا فيه فقيل : لا يزيد علىٰ سنة ، والأصح : اتباع العرف ، فإن بطل شرط من هـٰذه . . بطل البيع .

قال : (**وإذا باع نسيئة . . أشهد وارتهن به**) أي : أشهد بالبيع وارتهن بالثمن رهناً وافياً احتياطاً للمحجور عليه .

ومقتضىٰ عبارة المصنف : أنه إذا ترك واحداً من الرهن والإشهاد . . بطل البيع[3] ،

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

وفي هامشها أيضاً : (قال الإسنوي : ولو ترك الرهن والمشتري مليء . . ففي « الرافعي » : عن الإمام أن الأصح : الصحة ، ولم يصرح هو ـ أعني الرافعي ـ فيه ؛ أي : في ترك الرهن ولا في ترك الإشهاد بتصحيح ولا إبطال إلا ما نقله عن الإمام ؛ فإنه صرح بوجوب الضمان .

نعم ؛ ذكره هنا يشعر بأن الإشهاد والضمان متلازمان ، وحينئذ فيكون حكمه في الضمان حكماً بعدم الصحة ، وحيث أمر بالارتهان . . لم يقم الكفيل مقامه) =

والذي يجتمع من كلام الرافعي وابن الرفعة : أن الإشهاد لا يجب ؛ لأن ابن الرفعة جعله كإقراض ماله ، والرافعي جزم في الإقراض بعدم وجوبه ، بل يفعل ما يراه مصلحة .

نعم ؛ لو باع مال ولده من نفسه نسيئة . . لم يحتج إليه كما صرح به البغوي وغيره[1] .

قال : (**ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة**) ؛ لأنه مأمور بطلب الحظ ، فإن ترك والأخذ أحظ . . فللمحجور الأخذ عند زوال الحجر ، وإن كان الترك أحظ . . فلا في الأصح ، فإن استوى الأمران . . ففيه أوجه :

أحدها : يحرم الأخذ[2] .

والثاني : يجب .

= وفي هامش (ج) : (وقال الإمام : الأصح : أنه لايبطل ، أي : البيع إذا كان المشتري مليئاً .

وروى الرافعي عن المعظم : أنه يضمن إذا لم يشهد ويرتهن ، ويشبه أن يذهب القائل بالصحة إلىٰ أنه لا يضمن ويجزئه ؛ اعتماداً علىٰ ذمة المليء .

قال شيخ الإسلام السبكي رحمه الله تعالىٰ : قلت : والظاهر : أنه مراد الإمام ، ولا جرم صرح الغزالي في « الوسيط » بالجواز .

وشرط الرهن : أن يفي بالثمن ولا يكتفي بالكفيل عنه .

واشترط الماوردي : أن يكون المشتري موسراً ثقة مع الرهن ، فمتىٰ فُقد شيء منها ـ أي : من الشروط ـ بطل البيع ، ولم أر في كلام غيره مايخالفه .

واشترط : أن يكون الأجل قصيراً ، واختلفوا في تحديده : فحدّه بعضهم بالسنة ، واعتبر سائرهم عرف الناس بحسب المال ، وفي « المستظهري » : أنه المذهب .

ومحل هـٰذا : إذا كان المشتري غير الأب والجد ، فإذا اشترى الأب والجد من نفسه نسيئة . . لم يجب أخذ الرهن ، نقله شيخ الإسلام السبكي في شرحه المسمى بـ« الإبتهاج في شرح المنهاج » رحمه الله تعالىٰ) .

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيُزَكِّي مَالَهُ ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ . فَإِنِ ادَّعَىٰ بَعْدَ بُلُوغِهِ عَلَى الْأَبِ وَالْجَدِّ بَيْعاً بِلاَ مَصْلَحَةٍ . . صُدِّقَا بِالْيَمِينِ . وَإِنِ ادَّعَاهُ عَلَى الْوَصِيِّ وَالْأَمِينِ . . صُدِّقَ هُوَ بِيَمِينِهِ . . . .

والثالث : يتخير ، والأول مقتضىٰ كلام الرافعي في (الشفعة) والنص يفهمه والآية تشهد له[1] .

ولو قال المحجور : كان الأخذ بالشفعة أحظ ، ونازع الولي . . فكما لو اختلفا في بيع العقار كما سيأتي .

قال : (**ويزكي ماله ، وينفق عليه بالمعروف**) هٰذان واجبان على الولي ؛ لأنه قائم مقامه ، ولا يسرف في الإنفاق عليه ولا يقتر ، فإن أسرف . . ضمن ، وكذلك يخرج عنه كل واجب عليه .

قال : (**فإن ادعىٰ بعد بلوغه على الأب والجد بيعاً بلا مصلحة . . صدقا باليمين**) ؛ لأنهما لا يتهمان ؛ لوفور شفقتهما ، كذا علله الرافعي وغيره ، ومقتضاه : قبول قول الأم إذا كانت وصية ، وكذلك من في معناها كأصولها[2] .

قال : (**وإن ادعاه على الوصي والأمين . . صدق هو بيمينه**) وعليهما البينة ؛ للتهمة ، ولا فرق في ذلك بين العقار وغيره على الأصح .

وقيل : يقبل قول الولي مطلقاً أباً كان أو وصياً ، وهو اختيار الغزالي .

وقيل : لا يقبل مطلقاً .

وقيل : يقبل قول الأب والجد في كل شيء ، ولا يقبل قول غيرهما في العقار ويقبل في غيره ، واختاره الشيخ ؛ لأن الوصي أمين وتكليفه البينة في كل قليل وكثير يعسر .

وأما العقار . . فيحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره ، ودعواه على المشتري من الولي كهي على الولي ، ودعواه على القاضي إن كان علىٰ ولايته . . فالمصدق القاضي ، وإن

---

(١) في هامش (ك) : (يعني بالآية قوله تعالىٰ : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ﴾) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

عزل. . فإطلاق « التنبيه » يقتضي : أنه كالوصي ، وكلام الجرجاني فيه إشارة إليه ، واختاره في « الإقليد »[1] .

وإذا قبلنا قول الولي ، فأقام المحجور بينة على البيع من غير غبطة ولا حاجة. . حكم بها ، وكذا إذا صدقنا المحجور فأقام الولي بينة علىٰ ما يدعيه ، وقد صرح بهما في « المحرر » .

فرعان :

أحدهما : إذا كان للصبي كسب. . أجبره الولي على الاكتساب ؛ ليرتفق به في النفقة وغيرها ، وألحق في زوائد « الروضة » السفيه بالصبي في ذلك ، وتوقف في « المطلب » في وجوب العمل عليه .

الثاني : إذا وكل الأب في حق الطفل. . يشترط في وكيله العدالة .

تتمة :

إذا دعت ضرورة إلىٰ إقراض مال المحجور أو إيداعه. . جاز كل من الأمرين .

وقال الرافعي : يجوز للقاضي أن يقرض مال الصبي لغير ضرورة ؛ لكثرة أشغاله دون غيره ، وسبقه إلىٰ ذلك البغوي[2] .

قال الشيخ : وهـٰذا شيء لم أره لغيرهما ، قال : والصحيح : أنه لا يجوز لأحد من الأولياء أن يقرض إلا لضرورة ، وهـٰذا الذي يقتضيه إطلاق الشافعي والشيخ أبي حامد وابن الصباغ والشيخ أبي إسحاق والمحاملي والجرجاني والقاضي والإمام والمتولي والفوراني والغزالي والروياني وصاحب « العدة »[3] والعمراني .

وقال الهروي : إنه المذهب ، قال : ولا أشك فيه ؛ فإن القرض فيه خطر وإن كان

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في (د) : (العمدة) .

. . . .

من موسر ثقة ، فقد يفلس أو يموت وتعرض آفات ، وليس هٰذا من الأحسن والله تعالىٰ قال : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ ، وما سمعت قط في هٰذا الزمان أن أحداً أقرض مال اليتيم لمصلحة اليتيم ، ومن العجب أن الرافعي يقول هٰذا ، ويطلق أنه يشترط في المقرض أهلية التبرع ، أما غير الأب والجد والقاضي . . فلم يقل أحد : إنه يجوز أن يقرض لغير ضرورة .

* * *

خاتمة

سئل الشيخ عن امرأة سفيهة تحت الحجر أقامت بينة برشدها ، ثم حضر وليها فأقام بينة بسفهها ، أيهما يقدم؟ فأجاب : تقدم بينة السفه ؛ لأن معها زيادة علم[1] .

وصورة المسألة : أن تشهد بينة الرشد في الوقت الفلاني ، فتشهد تلك بأنها في ذلك الوقت كانت تشرب الخمر أو نحو ذلك مما يوجب السفه ، وأما إذا أطلقت . . فالوجه : تقديم بينة الرشد[2] ، ثم استدل لذلك بما تقدم في أول (كتاب التفليس) عن « فتاوى ابن الصلاح » .

* * *

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

بَابُ ٱلصُّلْحِ

. . . .

باب الصلح

هو في اللغة : قطع المنازعة ، وفي الشرع : عقد يحصل به ذلك .

ويطلق على الصلح بين المسلمين والمشركين ، وعلى الصلح بين الإمام والفئة الباغية ، وعلى الصلح بين الزوجين عند الشقاق ، وعلى الصلح في المعاملات والديون وهو المراد هنا ولا يقع غالباً إلا علىٰ حطيطة لبلوغ بعض الغرض .

وأصل الباب قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين » رواه الحاكم [٤/١٠١] وقال علىٰ شرط الشيخين ، زاد ابن حبان [٥٠٩١] والترمذي [١٣٥٢] : « إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » .

فالصلح الذي يحرم الحلال : أن يصالح زوجته علىٰ أن لا يطلقها ونحو ذلك ، والذي يحلل الحرام : أن يصالح علىٰ خمر أو خنزير ، ومن حال علىٰ مؤجل ، أو من دراهم علىٰ أكثر منها .

وانعقد الإجماع علىٰ جوازه ، وأكثر أحكام عمر رضي الله عنه كانت صلحاً .

ولفظه يتعدىٰ إلى المتروك بـ(من) و(عن) وإلى المأخوذ بـ(علىٰ) و(الباء) وهو أقسام :

بيع وإجارة ، ويجمعهما صلح المعاوضة .

وهبة وإبراء ، ويجمعهما صلح الحطيطة وهـٰذه الأربعة في الكتاب .

وأهمل أقساماً :

منها : أن يكون عارية يرجع فيها متىٰ شاء ، كالصلح من الدار علىٰ سكناها ، وهي

هُوَ قِسْمَانِ : أَحَدُهُمَا يَجْرِي بَيْنَ ٱلْمُتَدَاعِيَيْنِ ، وَهُوَ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا : صُلْحٌ عَلَىٰ إِقْرَارٍ ، فَإِنْ جَرَىٰ : عَلَىٰ عَيْنٍ غَيْرِ ٱلْمُدَّعَاةِ . فَهُوَ بَيْعٌ بِلَفْظِ ٱلصُّلْحِ تَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُهُ ؛ كَٱلشُّفْعَةِ ، وَٱلرَّدِّ بِٱلْعَيْبِ ، وَمَنْعِ تَصَرُّفِهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَٱشْتِرَاطِ ٱلتَّقَابُضِ إِنِ ٱتَّفَقَا فِي عِلَّةِ ٱلرِّبَا . . . .

في « الرافعي » قبيل الكلام علىٰ صلح الإنكار .

ومنها : أن يكون فسخاً ، كما إذا صالح المسلم المسلم إليه علىٰ رأس ماله ، وهي في « الكفاية » في (باب السلم) عن ابن سريج .

ومنها : أن يكون جعالة كقوله : صالحتك علىٰ كذا علىٰ رد عبدي .

ومنها : أن يكون خلعاً كقول المرأة : صالحتك عن كذا علىٰ أن تطلقني طلقة .

ومنها : أن يكون معاوضة عن دم العمد ، وأن يكون فداء للحربي كقوله : صالحتك عن كذا علىٰ إطلاق الأسير .

واختلف الأصحاب : هل الصلح رخصة أو أصل بنفسه مندوب إليه؟

فقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وآخرون : هو رخصة مستثنىً من المحظورات .

وقال ابن أبي سلمة والقاضي أبو حامد : إنه أصل بنفسه مندوب إليه .

فمن قال بالأول . . قال : الحديث المذكور مجمل ، ومن قال بالثاني . . قال : إنه عام .

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا ترددنا في جواز نوع من الصلح ، فإن جعلناه مجملاً . . لم يصح الاستدلال بالخبر علىٰ جوازه ، وعلى الثاني يجوز إلا أن يقوم دليل علىٰ تخصيصه .

قال : (**هو قسمان : أحدهما يجري بين المتداعيين ، وهو نوعان :**

أحدهما : صلح علىٰ إقرار ، فإن جرىٰ : علىٰ عين غير المدَّعاة . . فهو بيع بلفظ الصلح تثبت فيه أحكامه ؛ كالشفعة ، والرد بالعيب ، ومنع تصرفه قبل قبضه ، واشتراط التقابض إن اتفقا في علة الربا) وغير ذلك من أحكامه ؛ لأن حد البيع صادق

عليه ، لـٰكن المصنف تبع « الشرح » و« المحرر » في قوله : (علىٰ عين غير المدعاة) وصوابه : علىٰ غير العين المدعاة ؛ ليشمل ما إذا صالح منها علىٰ عين وعلىٰ دين فإن الحكم سواء ، وعلىٰ عبارة الكتاب يكون الصلح من العين علىٰ دين غير مذكور .

قال : (**أو علىٰ منفعة**) أي : كسكنىٰ دار وخدمة عبد (. . **فإجارة تثبت أحكامها**) ؛ لصدق حد الإجارة عليه .

وصورة المسألة : أن يصالح عن العين المدعاة المقر بها علىٰ منفعة عين أخرىٰ مدة معلومة بما يجوز عقد الإجارة عليه ، فيملك المقر العين التي أقر بها ، ويملك المقر له منفعة العين المصالح عليها ، وكأنه استأجر العين التي أخذها بالعين التي ادعاها وأقر له بها .

وهكذا لو صالح من منافعها سنة علىٰ عين أو دين أو منفعة معلومة . . صح ، وكأنه أجرها للمقر بما أخذ من العين أو الدين أو المنفعة ، وهـٰذان المثالان اللذان ذكرهما المصنف تشملهما المعاوضة ، وهي أحد ضربي الصلح على الإقرار .

ولو صالح من العين علىٰ منافعها . . لم يجز ؛ لأن العين ومنافعها ملك المقر له ، فكيف يتعوض ملكه بملكه ؟ !

ولو صالح في هـٰذه الصورة من منافعها عليها . . لم تكن إجارة لذلك[1] ،

---

(١) في هامش (ك) : (قول الشارح : « ولو صالح من العين علىٰ منافعها . . لم يجز ؛ لأن العين ومنافعها ملك المقر له ، فكيف يتعوض ملكه بملكه؟ ولو صالح في هـٰذه الصورة من منافعها عليها . . لم تكن إجارة لذلك » بنىٰ كلامه الأول وهو قوله : « لم يجز » على ما حكاه الماوردي عن الشافعي : أنه نص علىٰ أن الصلح من الدار علىٰ سكناها غير صحيح ، وحكاه في « الكفاية » ، وأورده ابن كَج والدارمي .

وعلى هـٰذا : فلم يقع الصلح [قدحاً] للعارية ، وإنما طلبه إعارة السكنىٰ إقرار له بالملك والعارية صحيحة .

وفي « البحر » : أن الشافعي إنما سماه صلحاً ؛ لأنه على إثر خصومة ، ولـٰكن الذي جزم به في « البيان » صحة الصلح وهو الصحيح .

أَوْ عَلَىٰ بَعْضِ ٱلْعَيْنِ ٱلْمُدَّعَاةِ . . فَهِبَةٌ لِبَعْضِهَا لِصَاحِبِ ٱلْيَدِ فَتَثْبُتُ أَحْكَامُهَا . وَلاَ يَصِحُّ بِلَفْظِ ٱلْبَيْعِ ، . . . .

لـٰكنها عارية مؤقتة إن أقت المدة ، ومطلقة إن أطلق ، وله الرجوع فيها متىٰ شاء مؤقتة كانت أو مطلقة .

قال : (**أو علىٰ بعض العين المدعاة . . فهبة لبعضها لصاحب اليد فتثبت أحكامها**) أي : التي تقررت في بابها من اشتراط القبول ومدة إمكان القبض وغيرها ، وهـٰذا يسمىٰ صلح الحطيطة .

وقوله : (المدعاة) احتراز عما إذا ادعىٰ بعض عين وصالح منها علىٰ بعض عين أخرىٰ ملكه ، فإنه بيع . . دخل في قوله (عين غير المدعاة) وكذا لو صالح علىٰ منافع البعض الآخر كان إجارة .

وقوله : (فهبة) إلىٰ آخره محل الاتفاق عليه إذا جرىٰ بلفظ الهبة وما في معناها من التمليك ونحوه ، فإن كان بلفظ الصلح . . فسيأتي .

كل هـٰذا إذا جرىٰ عقد الهبة من غير شرط ، كما إذا أقر له بالدار فقال : وهبتك نصفها ولم يشترط شيئاً ، فلو قال : وهبتك نصفها علىٰ أن تسلمني النصف الآخر . . لم يصح ، كما سيأتي في نظيره من الإبراء .

قال : (**ولا يصح بلفظ البيع**) ؛ لأن العين كلها ملك المقر له فإذا باعها ببعضها . . فقد باع الشيء ببعضه وهو باطل ، وهـٰذه إحدى المسائل التي فارق فيها الصلح البيع ، حيث قطع الأصحاب بأنه لا يصح صلح الحطيطة بلفظ البيع ، ويصح بلفظ الصلح في الأصح كما ذكره المصنف حيث قال :

= وحكىٰ في « المهذب » عدم صحته وجهاً ؛ لأنه ابتاع داراً بمنفعتها ، فعلم مما تقرر : أن كلام الشارح أولاً بالنسبة لعدم صحة الصلح علىٰ ما تقرر ، وثانياً بالنسبة لصحة العارية ، وأنه على المذهب الصلح صحيح ، ومتىٰ صالحه عن الدار المدعاة سكناها سنة مثلاً . . فعارية لها يرجع فيها متىٰ شاء ، ويمكن حمل كلام الشارح علىٰ ما إذا صالح من العين علىٰ منافعها قاصداً تمليكها له ، فهو غير صحيح ؛ لعدم مقابل له ، ويحمل قول الشارح ببطلان الصلح بما ذكر أعلاه علىٰ ذلك) .

وَٱلْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ بِلَفْظِ ٱلصُّلْحِ . وَلَوْ قَالَ مِنْ غَيْرِ سَبْقِ خُصُومَةٍ : صَالِحْنِي عَنْ دَارِكَ بِكَذَا . . فَٱلْأَصَحُّ : بُطْلَانُهُ . وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَىٰ عَيْنٍ . . صَحَّ . . . . .

(**والأصح : صحته بلفظ الصلح**) وعلىٰ هـٰذا : يكون هبة في القبول ، وسائر أحكامها كما سبق .

والثاني : لا يصح ؛ لأن الصلح يتضمن المعاوضة وهي مستحيلة هنا .

قال : (**ولو قال من غير سبق خصومة**) سواء كانت عند الحاكم أم غيره (: **صالحني عن دارك بكذا . . فالأصح : بطلانه**) نظراً إلى اللفظ ؛ لأن لفظ الصلح يقتضي سبق الخصومة .

والثاني : يصح نظراً إلى المعنىٰ ؛ لأنه معاوضة فلم يشترط فيه ذلك قياساً على البيع .

قال الرافعي والمصنف : وكأن هـٰذا الخلاف مفروض فيما إذا استعمل لفظ الصلح ولم ينويا أو أحدهما[1] ، أما إذا استعملا ونويا أو أحدهما البيع . . فإنه يكون كناية بلا شك ، ويجري فيه الخلاف في انعقاد البيع بها ، وقواه الشيخ ، وضعفه في « المطلب » وقطع بعدم التخريج ؛ لكون اللفظ منافياً للمعنىٰ ، فأشبه ما إذا قال : بعتك بلا ثمن . . فإنه لا يصح إذا نظرنا إلى اللفظ .

قال : (**ولو صالح من دين علىٰ عين . . صح**) ؛ لعموم الأدلة علىٰ جواز الصلح ، سواء عقد بلفظ الصلح أو البيع .

وشرط الدين : أن يجوز الاعتياض عنه كدين القرض والإتلاف ، وكذلك ثمن المبيع ونحوه على الجديد كما تقدم ، ولا يجوز عن دين السلم ، وكذلك في إبل الدية على الأصح .

وقوله : (علىٰ عين) صوابه : علىٰ غيره بالغين المعجمة وبالهاء في آخره ؛ فإنه قسمه بعد ذلك إلىٰ عين ودين .

---

(١) في هامش (ك) : (هو كذلك) .

فَإِنْ تَوَافَقَا فِي عِلَّةِ ٱلرِّبَا . . ٱشْتُرِطَ قَبْضُ ٱلْعِوَضِ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، وَإِلاَّ : فَإِنْ كَانَ ٱلْعِوَضُ عَيْناً . . لَمْ يُشْتَرَطْ قَبْضُهُ فِي ٱلْمَجْلِسِ فِي ٱلأَصَحِّ ، أَوْ دَيْناً . . ٱشْتُرِطَ تَعْيِينُهُ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، وَفِي قَبْضِهِ ٱلْوَجْهَانِ . وَلَوْ صَالَحَ مِنْ دَيْنٍ عَلَىٰ بَعْضِهِ . . فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنْ بَاقِيهِ . وَيَصِحُّ بِلَفْظِ ٱلإِبْرَاءِ وَٱلْحَطِّ وَنَحْوِهِمَا ، . . . .

قال : (**فإن توافقا**) أي : الدين المصالح منه والعوض المصالح عليه (**في علة الربا . . اشترط قبض العوض في المجلس**) فمتىٰ تفرقا قبل قبضه . . بطل الصلح ، أما تعيينه في العقد . . فلا يشترط في الأصح .

قال : (**وإلا**) أي : وإن لم يتوافقا في علة الربا كالفضة بالحنطة .

قال : (**فإن كان العوض عيناً . . لم يشترط قبضه في المجلس في الأصح ، أو ديناً . . اشترط تعيينه في المجلس ، وفي قبضه الوجهان**) جميع هـٰذا تقدم تعليله في الكلام على الاستبدال عن الثمن ، ولو كان العوض منفعة . . فيقبض بقبض محلها .

قال : (**ولو صالح من دين علىٰ بعضه . . فهو إبراء عن باقيه**) ؛ لأنه معناه ، هـٰذا صلح الحطيطة في الدين وما بعده وما قبله صلح معاوضة .

قال : (**ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما**) كالإسقاط والوضع فيقول لمن عليه مئة : أبرأتك من خمسين ، أو وضعت عنك خمسين وأعطني الباقي ، فيبرأ المديون من غير قبول كما سيأتي .

وفي « الصحيحين » [خ ٤٥٧ـ م ١٥٥٨] : أن كعب بن مالك رضي الله عنه طلب من عبد الله بن أبي حدرد رضي الله عنه ديناً له عليه ، فارتفعت أصواتهما في المسجد حتىٰ سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرج إليهما ونادىٰ : « يا كعب » قال : لبيك يا رسول الله ، فأشار بيده أن ضع الشطر ، قال : فقال : قد فعلت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قم فاقضه » .

(وحدرد) : قال الجوهري : وزنه فعلع لا فعلل .

وإذا جرىٰ ذلك بصيغة الإبراء ونحوها مما تقدم . . لا يشترط القبول على المذهب ، سواء قلنا : الإبراء إسقاط أم تمليك ، ولا يشترط قبض الباقي في المجلس .

وَبِلَفْظِ ٱلصُّلْحِ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍّ عَلَىٰ مُؤَجَّلٍ مِثْلِهِ أَوْ عَكَسَ . . لَغَا ، فَإِنْ عَجَّلَ ٱلْمُؤَجَّلَ . . صَحَّ ٱلْأَدَاءُ . وَلَوْ صَالَحَ مِنْ عَشَرَةٍ حَالَّةٍ عَلَىٰ خَمْسَةٍ مُؤَجَّلَةٍ . . بَرِىءَ مِنْ خَمْسَةٍ وَبَقِيَتْ خَمْسَةٌ حَالَّةٌ ، وَلَوْ عَكَسَ . . لَغَا . . . .

قال : (**وبلفظ الصلح في الأصح**) .

صورتها : أن تقول : صالحتك عن المئة التي لي في ذمتك بخمسين وفيها وجهان :

أحدهما : لا يصح ؛ لأن الصلح بيع .

والثاني ـ وهو الأصح ـ : الصحة ؛ لأن معناه أعطني خمسين وأبرأتك من خمسين ، ولو صرح بذلك . . صح كما تقدم ، وعلى الأصح هل يشترط القبول في هـٰذه الحالة؟ خلاف مدركه مراعاة اللفظ أو المعنىٰ ، والأصح اشتراطه .

قال : (**ولو صالح من حال علىٰ مؤجل مثله**) أي : جنساً وقدراً وصفة .

قال : (**أو عكس . . لغا**) ؛ لأن الأول وعد من رب المال ، والثاني وعد من المديون فلا يؤثران .

قال : (**فإن عجل المؤجل . . صح الأداء**) ؛ لصدور الإيفاء والاستيفاء من أهلهما .

ومحل هـٰذا : إذا لم تظن صحة الصلح ووجوب التعجيل ، فإن ظن ذلك . . فإنه يسترد قطعاً ، كمن ظن أن عليه ديناً فأداه فبان خلافه ، وهـٰذا فيه اضطراب حرره في « المهمات » .

قال : (**ولو صالح من عشرة حالّة علىٰ خمسة مؤجلة . . برىء من خمسة وبقيت خمسة حالّة**) ؛ لأن الصلح علىٰ بعض الدين إبراء ، والتأجيل لا يلحق ، وهـٰذا تفريع علىٰ صحة المصالحة من الدين علىٰ بعضه بلفظ الصلح ، فإن أبطلنا ذلك . . بقيت العشرة بحالها .

قال : (**ولو عكس . . لغا**) أي : صالح من عشرة مؤجلة علىٰ خمسة حالة فذلك لاغ ؛ لأن صفة الحلول لا يصح إلحاقها ، والخمسة الأخرىٰ إنما تركها في مقابلته ،

فإذا لم يحصل الحلول . . لا يحصل الترك .

وحكم الصحيح والمكسر حكم المؤجل والحالّ .

قال : (**النوع الثاني : الصلح على الإنكار ، فيبطل إن جرىٰ علىٰ نفس المدعىٰ**) خلافاً للأئمة الثلاثة .

لنا : أنه لا أثر فيه يجب اتباعه ، وهو صلح محرم للحلال إن كان المدعي صادقاً ؛ لتحريمه المدعىٰ به عليه بعد ذلك ، أو محلل للحرام إن كان كاذباً بأخذه ما لا يستحق ، ولم يقل أحد من الأصحاب بجواز ذلك وإن كان كلام « المطلب » يفهم أن فيه وجهاً ، وهو وهم .

وصورة الصلح على الإنكار : أن يقول : صالحني ، أو يقول : صالحني عن دعواك ، أو عن دعواك الكاذبة .

واستدل الأئمة الثلاثة لجوازه بما روىٰ أحمد [٦/ ٣٢٠] وأبو داوود [٣٥٨٣] : أن رجلين اختصما في مواريث بينهما قد درست وليس بينهما بينة ، فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضي بينكم علىٰ نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً . . فلا يأخذه ؛ فإنما أقطع له قطعة من نار يأتي بها إسطاماً في عنقه يوم القيامة » فبكى الرجلان وقال كل منهما : حقي لأخي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أما إذ قلتما . . فاذهبا فاقتسما ، ثم توخيا الحق ، ثم استهما ، ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه » .

و(الإسطام) : الحديدة التي تحرك بها النار وتسعر ، أي : أقطع له ما تسعر به النار علىٰ نفسه وتشعلها ، أو أقطع له ناراً مسعرة .

والجواب : أنه عليه الصلاة والسلام قسمه بينهما ؛ لأن المال في يديهما ولا مرجح لأحدهما على الآخر .

وأما التحليل مع الجهالة . . فمن باب الورع ؛ لأنه أقصىٰ ما يمكن في هـٰذه الحالة ، بخلاف الجهل الذي يمكن استكشافه لا يصح معه التحلل ولا الصلح ، ولا فرق في مسألة الكتاب بين أن يكون المدعىٰ به عيناً أو ديناً .

وَكَذَا إِنْ جَرَىٰ عَلَىٰ بَعْضِهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَقَوْلُهُ : صَالِحْنِي عَنِ ٱلدَّارِ ٱلَّتِي تَدَّعِيهَا لَيْسَ إِقْرَاراً فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وإذا سكت المدعىٰ عليه.. كان كالإنكار ، قاله سليم وغيره ، حكاه في « المطلب » .

وإن أقيمت عليه بينة بعد إنكاره.. قال الماوردي : جاز الصلح[1] ؛ للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار ، وإذا أقر ثم أنكر.. جاز الصلح ، وإذا تصالحا ثم اختلفا في أنهما تصالحا علىٰ إقرار أو إنكار.. فالذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه : أن القول قول مدعي الإنكار ؛ لأنه الغالب كما تقدم في (اختلاف المتبايعين) .

ولو أنكر فصولح ثم أقر.. قال في « الحاوي » : يستمر البطلان ، واستشكله الشيخ .

والمراد بـ(البطلان) هٰهنا : إنما هو في الظاهر ، أما فيما بينه وبين الله تعالىٰ.. فيحل له الأخذ إن كان محقاً .

وقوله : (إن جرىٰ علىٰ نفس المدعىٰ) لا يستقيم ؛ فإن (علىٰ) و(الباء) يدخلان على المأخوذ ، و(من) و(عن) على المتروك كما تقرر ، فصوابه : (إن جرىٰ علىٰ غير المدعىٰ) بالغين المعجمة والراء ، وكذا هو في « المحرر » ، كأن الراء تصحفت على المصنف بالنون فعبر عنها بالنفس .

قال : (**وكذا إن جرىٰ علىٰ بعضه في الأصح**) كما لو كان علىٰ غير المدعىٰ ، ولأن الاعتبار بقول الدافع ، وهو يزعم أنه إنما بذله لكف الأذىٰ ، وأخذ المال لكف الأذىٰ لا يجوز .

والثاني : يصح ويجعل المدعي واهباً للنصف إن كان صادقاً ، وموهوباً له إن كان كاذباً ، ولا يبالىٰ باختلافهما في ذلك .

قال : (**وقوله : صالحني عن الدار التي تدعيها ليس إقراراً في الأصح**) ؛ لأنه قد يريد قطع الخصومة .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : إذا كان قبله) ، ورمز له بالصحة .

ٱلْقِسْمُ ٱلثَّانِي : يَجْرِي بَيْنَ ٱلْمُدَّعِي وَأَجْنَبِيٍّ ؛ فَإِنْ قَالَ : وَكَّلَنِي ٱلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ فِي ٱلصُّلْحِ وَهُوَ مُقِرٌّ لَكَ . . صَحَّ ، وَلَوْ صَالَحَ لِنَفْسِهِ وَٱلْحَالَةُ هَـٰذِهِ . . صَحَّ . . . . .

والثاني : نعم كما لو قال : هبنيها . . فالمشهور : أنه إقرار .

ولو قال : ملكني الدار التي تدعيها . . جزموا بأنه إقرار ، فلو قال : أجرني أو أعرني . . لم يكن إقراراً .

ولو كان النزاع في دين فقال : أبرئني . . فهو إقرار على المشهور وقال بعض الأصحاب : لا يكون إقراراً ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ فَبَرَّأَهُ ٱللَّهُ مِمَّا قَالُواْ ﴾ وموسىٰ عليه السلام لم يكن آدر ، وتبرئته مما قالوا لا تقتضي إثباته .

قال : (**القسم الثاني : يجري بين المدعي وأجنبي ؛ فإن قال : وكلني المدعىٰ عليه في الصلح وهو مقر لك . . صح**) ؛ لأن قبول الإنسان في دعوى الوكالة مقبول في جميع المعاملات ، ثم إن كان صادقاً في دعوى الوكالة . . فيفعل ما وكل فيه من المصالحة علىٰ بعض المدعىٰ ، أو علىٰ شيء آخر عيناً كان أو ديناً ، وإن لم يكن صادقاً . . فهو شراء فضولي وقد تقدم حكمه في (البيع) .

وشمل قوله : (وهو مقر) ما إذا وقع الإقرار في الظاهر ، وما إذا أقر عند الأجنبي الذي وكله فقط ولم يظهره خوفاً من أخذ المالك له ، وقد صرح بالقسمين في « المحرر » .

فلو قال : وكلني في مصالحتك وأنا أعلم أنك محق . . فالصلح صحيح ، جزم به القاضي أبو الطيب ، وصاحب « التنبيه » وأقره عليه المصنف ، وصححه الماوردي ، وحكىٰ وجهاً آخر : أنه لا بد مع ذلك من الاعتراف بالإقرار .

وعلم من عبارة المصنف : أنه لا يكفي مجرد التوكيل بالمصالحة ، وهو كذلك .

قال : (**ولو صالح لنفسه والحالة هـٰذه . . صح**) أي : ظاهراً ، وكذا باطناً ، أما إذا كان ديناً . . فيأتي فيه الخلاف السابق في بيع الدين لغير من عليه .

واحترز بقوله : (والحالة هـٰذه) عما إذا صالح لنفسه مع الإنكار وسيأتي .

وَكَأَنَّهُ ٱشْتَرَاهُ . وَإِنْ كَانَ مُنْكِراً وَقَالَ ٱلأَجْنَبِيُّ : هُوَ مُبْطِلٌ فِي إِنْكَارِهِ . . فَهُوَ شِرَاءُ مَغْصُوبٍ ، فَيُفَرَّقُ بَيْنَ قُدْرَتِهِ عَلَى ٱنْتِزَاعِهَا وَعَدَمِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : هُوَ مُبْطِلٌ . . لَغَا ٱلصُّلْحُ . . . .

قال : (**وكأنه اشتراه**)[1] ؛ لأن الصلح قد وقع بعد دعوىٰ وجواب .

وتعبيره بكاف التشبيه أحسن من قول « الروضة » : (كما لو اشتراه) ؛ فإنه شراء حقيقة فلا معنىٰ للتشبيه[2] .

قال : (**وإن كان منكراً وقال الأجنبي : هو مبطل في إنكاره . . فهو شراء مغصوب فيفرق بين قدرته على انتزاعها وعدمها**) وأشار المصنف بتأنيث الضمير في قوله : (انتزاعها) إلىٰ أن صورة المسألة في العين ، أما الدين . . فطريقة الكتاب بطلانه .

كل هـٰذا إذا صالح الأجنبي لنفسه ، فإن صالح للمدعىٰ عليه والصورة كما في الكتاب . . فوجهان : أصحهما في الدين الصحة وفي العين المنع ؛ لأنه لا يمكن أن يملكه العين قهراً ، بخلاف قضاء الدين .

قال : (**وإن لم يقل : هو مبطل . . لغا الصلح**) ؛ لأنه اشترىٰ منه ما لم يثبت له ملكه) ، وهـٰذه العبارة تشمل ثلاث صور :

إحداها : أن يقول : وهو محق .

والثانية : لا أعلم حاله .

والثالثة : أن يقول : صالحني ولا يذكر شيئاً ، وهـٰذه الثالثة ليست في « الشرح » ولا في « الروضة » ، وإطلاق الكتاب و« المحرر » يقتضي البطلان فيها وهو كذلك .

تتمة :

قال أبو إسحاق : لا يحل للمنكر فيما بينه وبين الله تعالىٰ أن يوكل في المصالحة ؛ لأنه مع الإنكار إلجاء إلىٰ بيعه منه ، ولا يحل لأحد أن يلجىء غيره إلىٰ بيع ماله .

---

(١) في هامش (ك) : (بلفظ الشراء) .

(٢) في هامش (ك) : (ليس كما قال ، بل العبارتان سواء) .

فَصْلٌ :

ٱلطَّرِيقُ ٱلنَّافِذُ لاَ يُتَصَرَّفُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ ٱلْمَارَّةَ ، وَلاَ يُشْرَعُ فِيهِ جَنَاحٌ وَلاَ سَابَاطٌ يَضُرُّهُمْ ، . . . .

وقال أبو العباس : يجوز ؛ لأن إنكاره حرام للكذب والإضرار ، فإذا أراد إزالة الضرر . . جاز كمن أذنب ذنبين وأراد التوبة من أحدهما ، والأشبه : أن الخلاف في الحل والقطع بالصحة .

ولو صالح الأجنبي من الدين علىٰ عين ، ثم جحد الأجنبي وحلف هل يعود إلىٰ من كان عليه الدين؟ فيه وجهان ، صحح في زوائد « الروضة » في (باب الحوالة) العود وينفسخ الصلح .

قال : (**فصل :**

الطريق النافذ لا يتصرف فيه بما يضر المارة) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وهو حديث حسن رواه ابن ماجه [٢٣٤٠ عن عبادة] والدارقطني [٣/٧٧] وغيرهما عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، ورواه مالك في « الموطأ » [٢/٧٤٥] مرسلاً كما قاله المصنف في « الأربعين » .

وروىٰ حرملة عن الشافعي رضي الله عنه : أنه صحح حديث : «لا ضرر ولا ضرار»[1] .

ولأن الحق فيه ليس له خاصة بل لجميع المسلمين .

و(الطريق) يذكر ويؤنث .

و(النافذ) بالذال المعجمة ، وبين الطريق والشارع اجتماع وافتراق فالطريق يكون في الصحارىٰ والبنيان ، والشوارع مختصة بالبنيان ، والشارع لا يكون إلا نافذاً ، والطريق يكون نافذاً وغير نافذ .

وقوله : (لا يتصرف) بضم الياء والتعبير بـ(يضر المارة) أولىٰ من تعبير « الشرحين » و« الروضة » بما يبطل المرور ؛ لأن كل ما يبطل يضر من غير عكس .

قال : (**ولا يشرع فيه جناح ولا ساباط يضرهم**) هـٰذا تخصيص بعد تعميم ؛ فإن عبارته الأولىٰ شاملة لهـٰذا وغيره .

---

(١) انظر «خلاصة البدر المنير» (٢/٤٣٨) .

. . . .

وقال أبو حنيفة : لا اعتبار بالضرر وعدمه في إخراج الجناح ، ولـٰكن إن خاصمه إنسان فيه . . نزع وإن لم يضر ، وإلا . . ترك .

وقال أحمد : لا يجوز إشراعه بحال إلا بإذن الإمام .

لنا : اتفاق الناس عليه في سائر الأعصار من غير إنكار ، و (أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب بيده ميزاباً في دار العباس رضي الله عنه) وقيس الجناح عليه ، كذا استدل به الرافعي وغيره .

فأما نصب الميزاب . . فرواه أحمد [١/٢١٠] والحاكم [٣/٣٣١] والبيهقي [٦/٦٦] ، وليس فيه دليل علىٰ أبي حنيفة ولا علىٰ أحمد ، أما أبو حنيفة . . فلأنه لا يقول بمنع النصب كما تقدم .

وقوله : (يشرع) معناه يخرج .

وأما أحمد . . فإنما منعه عند عدم إذن الإمام ، وفعل النبي صلى الله عليه وسلم آكد وأبلغ من الإذن .

فائدة :

(الجناح) : مأخوذ من جناح الطائر ، قال الجوهري : وهو يده ، وقيل : من جنح إذا مال ، و(الجوانح) : الأضلاع التي تلي الصدر ، والضلوع مما يلي الظهر .

و(الساباط) : سقيفة بين حائطين تحتها طريق ، والجمع سوابيط وساباطات .

وقولهم في المثل : أفرغ من حجام ساباط ، قال الأصمعي : كان يمضي الأسبوع فلا يدنو منه أحد ، فعندها يخرج أمه فيحجمها ؛ ليرى الناس أنه غير فارغ ، فما زال ذلك دأبه حتىٰ أنزف دمها فماتت فجأة فسار مثلاً .

قال الشاعر [من السريع] :

مطبخـــه قفـــر وطبـــاخـــه　　　أفـــرغ مـــن حجـــام ســـابـــاط

وقيل : إنه حجم كسرىٰ إبرويز مرة . . فأغناه ، فلم يحجم بعده أحداً .

فائدة أخرىٰ :

قدر الطريق في أرض مملوكة سبلها مالكها ما اختاره ، والأفضل توسيعها ، وإن كانت بين أرض يريد أصحابها إحياءها : فإن اتفقوا . . فذاك ، وإن اختلفوا . . فقدر سبعة أذرع ؛ لما في « الصحيحين » [خ ٢٣٤١ـ م ١٦١٣] عن أبي هريرة رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ عند الاختلاف في الطريق أن يجعل عرضه سبعة أذرع) كذا قال المصنف في زيادات « الروضة »[1] ، وهـٰذا تابع فيه ابن الصلاح ، والمنقول ما ذكره الماوردي في (باب القسمة) أن المرجع فيه إلى الحاجة ، والحديث محمول علىٰ عرف المدينة .

ومعنى الحديث : إذا أريد ابتداؤها .

قال : (**بل يشترط ارتفاعه بحيث يمر تحته منتصباً**) أي : الماشي ، واعتبر الماوردي مع هـٰذا أن تكون علىٰ رأسه الحمولة العالية ، ولا بد من ذلك .

ويشترط أيضاً أن لا يؤثر في إظلام الموضع ، وقيل : لا أثر لذلك ، وقيل : إن منع الضوء بالكلية . . أثر ، وإلا . . فلا ، فاجتمع ثلاثة أوجه .

تنبيهات :

أحدها : ما ذكره مخصوص بالمسلم ، أما الكافر . . فلا يخرج جناحاً في شارع المسلمين على الأصح ؛ لأنه كإعلاء البناء على المسلمين ، نبه عليه المصنف وابن الصلاح .

قال في « المطلب » : وسلوكهم طرقات المسلمين ليس عن استحقاق ملك ، بل إما بطريق التبع للمسلمين ، أو بما بذلوه من الجزية .

وقال في « البحر » في (كتاب الجزية) : ويجري الخلاف في آبار حشوشهم إذا أرادوا حفرها في أفنية دورهم .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَإِنْ كَانَ مَمَرَّ ٱلْفُرْسَانِ وَٱلْقَوَافِلِ . . فَلْيَرْفَعْهُ بِحَيْثُ يَمُرُّ تَحْتَهُ ٱلْمَحْمِلُ عَلَى ٱلْبَعِيرِ مَعَ أَخْشَابِ ٱلْمِظَلَّةِ . . . .

أما إذا اشترى الذمي داراً كانت لمسلم وبها روشن فهل يقر عليه أو يهدم؟ يشبه أن يكون كالدار العالية إذا اشتراها الذمي من المسلم[١] ، وسيأتي في (باب الجزية) إن شاء الله تعالىٰ .

الثاني : مقتضىٰ كلام المصنف : أنه يجوز أن يخرج الجناح فوق جناح جاره أو تحته ، وكذلك في موضعه أيضاً إذا انهدم أو هدمه وإن كان علىٰ عزم إعادته ، وهو كذلك .

واستشكل الرافعي وضعه موضع جناح الجار إذا لم يعرض عن ذلك ، وقاسه علىٰ مقاعد الأسواق ، ورده المصنف وجعله مقيساً على الواقف في الطريق إذا فارق مكانه[٢] ، والذي قاله الرافعي أولىٰ .

الثالث : من وضع جناحاً علىٰ وجه لا يجوز . . قلعه الحاكم لا كل أحد علىٰ أشبه الوجهين في « المطلب »[٣] ؛ لما فيه من توقع الفتنة .

وقال البندنيجي : لكل أحد قلعه كما لو بنىٰ دكة علىٰ باب داره .

وقال سليم : لكل أحد مطالبته بقلعه ؛ لأنه من إزالة المنكر ، وينبغي حمل كلام البندنيجي عليه[٤] .

قال : (**وإن كان ممر الفرسان والقوافل . . فليرفعه بحيث يمر تحته المحمل على البعير مع أخشاب المظلة**) ؛ لأنه قد يتفق ذلك نادراً .

و(القوافل) جمع قافلة ، وهي : الرفقة الراجعة من السفر .

و(المحمل) بفتح الميم الأولىٰ وكسر الثانية .

و(المظلة) بكسر الميم ـ وحكى ابن الأعرابي فتحها ـ : البيت الكبير من الشعر .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (أو القاعد للاستراحة أو نحوها) ورمز له بالصحة .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيَحْرُمُ ٱلصُّلْحُ عَلَىٰ إِشْرَاعِ ٱلْجَنَاحِ ، وَأَنْ يَبْنِيَ فِي ٱلطَّرِيقِ دَكَّةً ، أَوْ يَغْرِسَ شَجَرَةً ، وَقِيلَ : إِنْ لَمْ يَضُرَّ . . جَازَ . . . .

قال : (**ويحرم الصلح علىٰ إشراع الجناح**) سواء كان المصالح الإمام أو غيره ؛ لأن الهواء تابع لا يفرد بالعقد كالحمل مع الأم ، ولأنه إن ضر . . لم يجز أخذ العوض عنه ، وإلا . . فهو مستحقه ، وما يستحقه الإنسان لا يؤخذ منه عوض عنه كالمرور .

قال : (**وأن يبني في الطريق دكة ، أو يغرس شجرة**)(١) قال الرافعي : لأن المارة قد تزدحم فيه ، ولأن مكانهما يشتبه بالأملاك عند طول المدة ، والتعليل الأول منقوض بغرس الشجرة في المسجد ؛ فإنه جائز مع الكراهة كما قاله في زيادات « الروضة » في آخر (شروط الصلاة) .

والثاني : ينتقض بجواز فتح الباب إلىٰ درب غير نافذ إذا سمره كما سيأتي(٢) .

و(الدكة) بفتح الدال : المسطبة ، قال الشيخ : وينبغي أنها إذا كانت بفناء داره وكانت لا تضر . . لا تمنع ؛ لأن الناس ما زالوا يتخذون ذلك من غير إنكار(٣) .

قال (**وقيل : إن لم يضر جاز**) ؛ قياساً علىٰ إشراع الجناح .

وأفهم كلامه جواز اتخاذ الطين في الطريق ، وهو كذلك إن بقي مقدار المرور للناس ، وإذا جوزنا نصب الدكة وغرس الشجرة فتلف بذلك شيء . . ضمنه .

وحكى الماوردي قولين فيما لو حفر بئراً في طريق واسع بفناء داره فتلف به إنسان هل يضمنه؟ والشجرة والدكة في ذلك كالبئر .

وإذا كان الطريق واسعاً . . لم يجز لأحد أن يستولي علىٰ شيء منه بلا خلاف .

---

(١) في هامش (ك) : (قوله : « وأن يبني » معطوف على « الصلح ») .

(٢) في هامش (ك) : (وأجيب عن الأول بأن محل جواز غرس الشجرة بالمسجد إذا كان لعموم المسلمين ، بدليل أنهم لا يمنعون من الأكل من ثمارها ، وإن غرسها للمسجد ليصرف رَيعها له . . فالمصلحة عامة أيضاً ، بخلاف ما هنا ، وقضيته : جواز مثل ذلك في الشارع حيث لا ضرر ، وعن الثاني بأن الحق في الدرب المنسد لخاص والخاص قائم علىٰ ملكه وحافظ له ، بخلاف الشارع ، فانقطاع الحق فيه عند طول المدَّة أقرب [شرح الروض ٢/ ٢١٩]) .

(٣) في هامش (ك) : (الأصح : خلاف ما قاله الشيخ) .

قال الشيخ : وقد عظمت البلية في هٰذا الزمان فصار وكلاء بيت المال يبيعون من الطرق ما يقولون : إنه لا يضر ولا يضيق ، وهٰذا حرام ينبغي التحرز منه ؛ لأنا لا نعلم مبتدأ الطريق هل هو بوقف أو غيره[1] ، فإن كان وقفاً . . لم يجز بيع شيء منه[2] ، وإن كان بطريق الإحياء . . فيحرم ؛ لثبوت حق الاستطراق فصار كالوقف .

فإن قيل : إنه ملك المسلمين فيباع منه ما فضل عن حاجاتهم . . فالجواب أن ذلك مع الشك لا يجوز الإقدام عليه ، فليحذر من هٰذا غاية الحذر .

قال : (**وغير النافذ يحرم الإشراع إليه لغير أهله**) بلا خلاف سواء ضر أم لا ؛ لأنه ملك لهم فأشبه الإشراع إلى الدور ، وإنما جاز لغيرهم الدخول فيه بغير إذنهم ؛ لأن ذلك من قبيل الإباحات المستفادة من قرائن الأحوال ، وليس لأجنبي أن يجلس فيها بغير إذنهم ولو كان فيهم صبي أو مجنون ، بل قال الشيخ عز الدين : في جواز الدخول نظر ؛ لأن الإباحة ممتنعة منه ومن وليه[3] .

ولو اجتمع أهلها فسدوا رأسها . . لم يمنعوا عند الجمهور .

وقال العبادي : يحتمل أن يمنعوا ؛ لأن أهل الشارع يفزعون إليه إذا عرضت زحمة .

وليس لبعضهم السد قطعاً ، ولو سدوا باتفاقهم . . لم يستقل بعضهم بالفتح ، ولو اتفقوا علىٰ قسمة صحن السكة . . جاز ، ولو أراد أهل رأس السكة قسمة رأسها بينهم . . منعوا لحق من يليهم .

وما تقرر من جواز سد رأسها وقسمة الصحن مفروض فيما إذا لم يكن في السكة مسجد أو بئر مسبلة ، فإن كان . . منعوا من السد والقسمة ؛ لأن المسلمين كلهم يستحقون الاستطراق إليه .

وأما الإشراع إليها عند عدم الضرورة ، فإن كان برضا أهلها . . فلا شك في

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في (ز) : (لم يجز بيعه ولا بيع شيء منه) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَذَا لِبَعْضِ أَهْلِهِ فِي ٱلْأَصَحِّ إِلاَّ بِرِضَا ٱلْبَاقِينَ ، وَأَهْلُهُ : مَنْ نَفَذَ بَابُ دَارِهِ إِلَيْهِ ،

الجواز ، وإن كان بغير رضاهم ، فإن كان المسجد هناك قبل إحياء الزقاق. . جاز وصار كالشارع في جميع وجوهه من رأس الزقاق إلىٰ باب المسجد ، وإن كان المسجد وقف بعد صيرورة الزقاق واستحقاق أهله بأن وقف أحدهم مكانه مسجداً. . فقد تردد في « المطلب » في جواز الإخراج إليه وقال : الأشبه المنع[١] .

قال الشيخ : وعندي ينبغي القطع به ؛ لأنه ليس للواقف إبطال حقوق بقية أهلها .

وإن لم يكن في السكة إلا دار واحدة فوقفها صاحبها مسجداً. . فهـٰهنا يحتمل احتمالاً ظاهراً أن يقال بجواز إشراع الجناح إليها ؛ لأن وقف المسجد تحرير ولا حق لغيره ، ويحتمل أن يقال : وهو الأشبه بالمنع ؛ لأنها تابعة للمسجد .

وكما لا يجوز الإشراع في هواء المسجد لا يجوز فيما هو من حقوقه[٢] .

قال : (**وكذا لبعض أهله في الأصح**) كسائر الأملاك المشتركة .

والثاني : يجوز إذا لم يضر ؛ لأن كل واحد منهم يجوز له الارتفاق بقراره ، فيجوز بهوائه كالشارع .

قال : (**إلا برضا الباقين**) فيجوز ؛ لأنه ملكهم .

هـٰذا إذا رضوا مجاناً ، فإن رضوا بعوض. . لم يجز ويبطل العقد ؛ لأن الهواء لا يفرد بعقد ، وإنما يتبع القرار كالحمل مع الأم .

ويشترط مع إذن أهل الدرب إذن المستأجر إن تضرر ، وإلا. . فلا .

وفي « طبقات العبادي » نقلاً عن الأصحاب : أنه يجوز المرور في ملك الغير إذا لم يصر بذلك طريقاً للناس ، فلو أراد الشركاء الرجوع بعد الإذن في الإخراج. . قال في « المطلب » : يشبه أن لا يجوز ؛ لأنه موضوع بحق فلا سبيل إلىٰ قلعه[٣] .

قال : (**وأهله**) أي : أهل غير النافذ (**من نفذ باب داره إليه**) ؛ لأنهم الذين يسمون سكانه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة على نسخة المصنف) .

(٣) في هامش (ك) : (هو الأصح ، وقد صرح به الماوردي) .

لاَ مَنْ لاَصَقَهُ جِدَارُهُ ، وَهَلِ ٱلاِسْتِحْقَاقُ فِي كُلِّهَا لِكُلِّهِمْ ، أَمْ تَخْتَصُّ شِرْكَةُ كُلِّ وَاحِدٍ بِمَا بَيْنَ رَأْسِ ٱلدَّرْبِ وَبَابِ دَارِهِ ؟ وَجْهَانِ ، أَصَحُّهُمَا : ٱلثَّانِي . وَلَيْسَ لِغَيْرِهِمْ فَتْحُ بَابٍ إِلَيْهِ لِلاِسْتِطْرَاقِ . وَلَهُ فَتْحُهُ إِذَا سَمَّرَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

قال : (**لا من لاصقه جداره**) ؛ لأن صاحب الباب له به انتفاع بخلاف الملاصق .

قال : (**وهل الاستحقاق في كلها لكلهم ، أم تختص شركة كل واحد بما بين رأس الدرب وباب داره؟ وجهان ، أصحهما : الثاني**) ؛ لأن ذلك القدر هو محل تردده ، وما عداه حكمه فيه حكم غير أهل السكة .

ووجه الأول : أنهم ربما احتاجوا إلى التردد في جميعه والارتفاق به لوضع الأثقال ونحوها ، وكان ينبغي أن يقول : (في كله) كما في غيره ؛ فإنه عائد علىٰ غير النافذ وهو مذكر .

وقوله : (لكلهم) كان ينبغي أن يقول : (لكل منهم) .

قال : (**وليس لغيرهم فتح باب إليه للاستطراق**) ؛ لتضررهم به ، فإن أذنوا . . جاز ولهم الرجوع ، فإن رجعوا بعد الفتح . . قال الإمام : لا يلزمهم بالرجوع شيء ، بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء والغراس ثم رجع . . فإنه لا يقلع مجاناً .

قال الرافعي : ولم أره لغيره ، والقياس : أنه لا فرق[1] .

قال ابن الرفعة : والفرق واضح ؛ لأنه هنا بنىٰ في ملكه وليس لأحد نقضه ، بخلاف إعارة الأرض ، لـٰكن هـٰذا يشكل بما إذا أعار أرضاً للدفن ثم رجع بعد الحفر كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**وله فتحه إذا سمره في الأصح**) ؛ لأن له رفع جميع الجدار فبعضه أولىٰ ، وهـٰذا الوجه صححه الكرخي والعمراني .

والثاني : لا ؛ لأنه قد يطول الزمان فيستطرقه ، وصححه الجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون . قال المصنف : وهو أفقه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَمَنْ لَهُ فِيهَا بَابٌ فَفَتَحَ آخَرَ أَبْعَدَ مِنْ رَأْسِ ٱلدَّرْبِ . . فَلِشُرَكَائِهِ مَنْعُهُ . وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ إِلَىٰ رَأْسِهِ وَلَمْ يَسُدَّ ٱلْبَابَ ٱلْقَدِيمَ . . فَكَذَٰلِكَ ، وَإِنْ سَدَّهُ . . فَلاَ مَنْعَ . وَمَنْ لَهُ دَارَانِ تُفْتَحَانِ . . . .

وجزم الماوردي والبندنيجي بالجواز إذا ركب عليه شباكاً ، وخصا الخلاف بما إذا قال : افتحه واسمره ، والخلاف جار في الفتح للاستضاءة أيضاً دون الاستطراق ، وحيث منعنا فتح الباب المذكور ففتح . . قال في « المطلب » : يظهر أن يؤمر بإزالة هيئة الباب .

قال : (**ومن له فيها باب ففتح آخر أبعد من رأس الدرب . . فلشركائه منعه**) أي : لكل من الشركاء منعه ؛ لتضررهم بذلك ، سواء سد الأول أو أبقاه ؛ لأن الحق لغيره .

والمراد : من بابه أبعد من الباب الأول الذي للفاتح ، ولا يثبت لمن بابه أقرب إلىٰ باب الدرب في الأصح ؛ بناء علىٰ كيفية الشركة ، ولو كان باب شريكه مقابلاً لبابه[١] . . فهو كمن هو أقرب إلىٰ رأس السكة .

قال : (**وإن كان أقرب إلىٰ رأسه ولم يسد الباب القديم . . فكذلك**) ؛ لأن انضمام الثاني إلى الأول يورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب في السكة فيتضررون به ، وتحويل الميزاب من موضع إلىٰ موضع كفتح باب وسد باب .

قال : (**وإن سده . . فلا منع**) ؛ لأنه ترك بعض حقه ، وقيل : يمتنع ، حكاه صاحب « التعجيز » في شرحه له .

ولو كان بابه في آخر الدرب ، فأراد أن يقدمه ويجعل الباقي دهليزاً . . انبنىٰ ذلك علىٰ كيفية الشركة كما قاله في زوائد « الروضة » ، ومقتضاه : تصحيح الجواز ، وهو مقتضىٰ إطلاق الكتاب[٢] .

قال : (**ومن له داران تفتحان**) هو بالتاء من فوق .

---

(١) في هامش (ك) : (أي : القديم) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

إِلَىٰ دَرْبَيْنِ مَسْدُودَيْنِ ، أَوْ مَسْدُودٍ وَشَارِعٍ ، فَفَتَحَ بَاباً بَيْنَهُمَا . . لَمْ يُمْنَعْ فِي ٱلْأَصَحِّ . وَحَيْثُ مُنِعَ فَتْحَ ٱلْبَابِ فَصَالَحَ أَهْلَ ٱلدَّرْبِ بِمَالٍ . . صَحَّ . وَيَجُوزُ فَتْحُ ٱلْكَوَّاتِ . . . .

قال : (إلىٰ دربين مسدودين أو مسدود وشارع ففتح باباً بينهما) أي : للاستطراق (. . لم يمنع في الأصح) ؛ لأن المرور مستحق له ، ورفع الحائل بين الدارين تصرف في ملكه فلا يمنع منه ، وهٰذا تبع فيه الرافعي والبغوي فقط .

والثاني واختاره الجمهور : يمنع ؛ لأنه يثبت لكل من الدارين استطراقاً إلى الدرب الآخر .

وموضع الوجهين إذا قصد الاستطراق ، فإن قصد اتساع ملكه . . فلا منع قطعاً ، ولو عبر بـ(المملوك) بدل (المسدود) . . كان أولىٰ ؛ لأنه لا يلزم من السد الملك ، بدليل ما لو كان في أقصاه مسجد أو نحوه .

قال : (وحيث منع فتح الباب فصالح أهل الدرب بمال . . صح) ؛ لأنه انتفاع بالأرض ، بخلاف إشراع الجناح كما تقدم ، فإن قدروا مدة . . كان إجارة ، وإن أطلقوا أو شرطوا التأبيد . . كان بيعاً لجزء شائع من الدرب[1]، ويجعل الفاتح كأحدهم، كما لو صالح رجلاً علىٰ مال ليجري في أرضه نهراً . . كان ذلك تمليكاً للنهر .

ولو صالحه بمال علىٰ فتح باب من داره إلىٰ داره . . صح ، ويكون كالصلح علىٰ إجراء الماء علىٰ سطحه ، ولا يملك شيئاً من الدار والسطح ؛ لأن السكة لا تراد إلا للاستطراق ، فإثبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك ، وأما الدار والسطح . . فلا يقصد بهما الاستطراق وإجراء الماء .

وقوله : (فصالح أهل الدرب) أشار به إلىٰ أنهم الذين يستحقون المنع أما أهل الشارع . . فليس لهم منع ، ولا تصح منهم المصالحة .

قال : (ويجوز فتح الكوات) أي : في غير الدرب النافذ ؛ لأنه تصرف في ملك نفسه .

---

(١) في هامش (ك) : (كذا نقله الشيخان عن « التتمة » للمتولي) .

. . . .

و(الكوة) بفتح الكاف : الطاقة ، وفي لغة غريبة ضمها ، والواو مشددة فيهما ، وجمعها المصنف جمع تصحيح ، وفي كافه اللغتان ، ويجمع تكسيراً علىٰ كوىً بضم الكاف وكسرها ، وغالب ما تفتح للاستضاءة .

وله نصب شباك عليها بحيث لا يخرج منه شيء ، فإن خرج هو أو غطاؤه . . كان كالجناح ، قال الشيخ : فليتنبه لهـٰذا ، فإن العادة أن يعمل في الطاقات أبواب تخرج فتمنع من هواء الدرب .

هـٰذا كله في حق من ليس له الفتح فيه للاستطراق ، فإن كان له ذلك . . فلا منع من أبواب الطاقات .

وقيد صاحب « الشافي » جواز فتح الكوىٰ بما إذا كانت عالية لا يمكن النظر منها إلىٰ دار جاره .

تتمة :

قال المتولي وسليم : لو كان لداره باب إلى الشارع وباب إلىٰ درب غير نافذ فأراد أن يدخل غيره من الباب الذي بالشارع ويخرجه من الباب الآخر الذي بالدرب . . لم يجز[(١)] ، والظاهر : أنه شيء انفردا به[(٢)] .

وإذا كان بين داريه طريق نافذ فحفر تحته سرداباً من إحداهما إلى الأخرىٰ . . جاز باتفاق الأصحاب ؛ لأن القرار كالهواء فهو كالساباط الذي لا يضر ، ولو لم يكن الطريق نافذاً . . لم يجز .

وقول الروياني : إنه يجوز ضعيف ، ونقله عن الأصحاب شاذ لعله اعتمد فيه علىٰ قول بعضهم .

ولو أذن صاحب الدرب لإنسان في حفر سرداب تحت داره ثم باعها . . فللمشتري أن يرجع كما كان للبائع ، قاله العبادي .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) .

(٢) في هامش (ك) : (هو كما قال) .

وَٱلْجِدَارُ بَيْنَ ٱلْمَالِكَيْنِ قَدْ يَخْتَصُّ بِهِ أَحَدُهُمَا ، وَقَدْ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ : فَٱلْمُخْتَصُّ : لَيْسَ لِلآخَرِ وَضْعُ ٱلْجُذُوعِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي ٱلْجَدِيدِ ، وَلاَ يُجْبَرُ ٱلْمَالِكُ ، . . . .

قال : (**والجدار بين المالكين قد يختص به أحدهما ، وقد يشتركان فيه** :

فالمختص : ليس للآخر وضع الجذوع عليه بغير إذن في الجديد) ونقله البغوي في « شرح السنة » عن أكثر العلماء .

قال : (**ولا يجبر المالك**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » وتقدم في أول الفصل أنه صحيح .

ولقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » رواه الدارقطني [٣/٢٦] والحاكم [١/٩٣] بإسناد صحيح .

ولأنه انتفاع بملك الغير ، فأشبه البناء في أرضه ، والحمل علىٰ بهيمته .

والقديم ورواه البويطي عن الشافعي رضي الله عنه في الجديد وبه قال مالك وأحمد : يجوز ذلك ، ويجبر المالك عليه ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يمنع جار جاره أن يضع خشبة في جداره » ثم يقول أبو هريرة : (ما لي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم) متفق عليه [خ ٢٤٦٣ـ م١٦٠٩] .

وقوله : (خشبة) يروىٰ بالإفراد والجمع ، قال الحافظ عبد الغني : الناس كلهم يروونه بالجمع إلا الطحاوي .

وقوله : (عنها) و(بها) المراد به السنة .

و(أكتافكم) بالمثناة من فوق ، أي : بينكم ، ونقل القاضي عياض عن بعضهم : أنه رواه بالنون ومعناه أيضاً بينكم .

وفي « تعليقة القاضي حسين » : أن أبا هريرة رضي الله عنه قال ذلك حين كان متولياً مكة والمدينة .

وقال البيهقي في (إحياء الموات) : لم نجد في سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يعارض هـٰذا الحديث ، ولا تصح معارضته بالعمومات ، وقد نص الشافعي رضي الله عنه في القديم والجديد على القول به ، فلا عذر لأحد في مخالفته .

فَلَوْ رَضِيَ بِلاَ عِوَضٍ . . فَهُوَ إِعَارَةٌ لَهُ ٱلرُّجُوعُ قَبْلَ ٱلْبِنَاءِ عَلَيْهِ ، وَكَذَا بَعْدَهُ فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

وأجاب الأصحاب بأن الضمير في (جدار) لصاحب الخشب ، أي : لا يمنعه الجار أن يضع خشبه في جدار نفسه وإن تضرر به من جهة منع الضوء والهواء .

ويشترط للإجبار ـ على القديم ـ :

أن لا يكون على المالك ضرر فيه بأن كانت الأخشاب ثقيلة لا يحتملها الجدار ، أو أراد هو أن يبني عليها لم يكن له وضعها .

وأن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار ، ولا يبني عليه أزجاً ، ولا يضع عليه ما يضر الجدار .

وأن لا يكون له جدار أصلاً ، أو لا يكون له إلا جدار واحد ، فلو كان له جداران أمكن التسقيف عليهما . . فلا حاجة إلىٰ جدار غيره ، هـٰذا هو المشهور عن القديم .

وعكس الإمام فقال : إن كانت الجدر كلها لغيره . . فلا يضع عليها ، وإن كانت الثلاثة له والرابع لجاره . . فله الوضع عليه .

ولا فرق بين أن يحتاج في وضع الجذوع إلىٰ نقب الجدار أو لا ؛ لأن رأس الجذع يسد الفتح ويقوي الجدار ، بخلاف فتح الكوة ونحوها ؛ فإنه لا يجوز .

والفرق بين وضع الخشب على القديم وبين وضع رأس الرف ونحوه فإنه لا يجوز ؛ لأن المنع من وضع الجذوع قد يؤدي إلىٰ تعذر الانتفاع بملكه بسبب امتناع التسقيف ، بخلاف هـٰذه الأمور .

ولو أراد أن يبني ساباطاً علىٰ شارع أو درب غير نافذ ويضعه علىٰ جدار جاره المقابل . . لم يجز قولاً واحداً .

قال : (**فلو رضي بلا عوض . . فهو إعارة**) وهـٰذا وما بعده تفريع علىٰ عدم الإجبار ، وإنما كان هـٰذا إعارة ؛ لأن حدها منطبق عليه ، ويستفيد بها المستعير الوضع مرة واحدة ، حتىٰ لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها ، أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة . . لم يكن له الوضع ثانياً على الأصح .

قال : (**له الرجوع قبل البناء عليه ، وكذا بعده في الأصح**) قياساً علىٰ سائر العواري .

وَفَائِدَةُ ٱلرُّجُوعِ : تَخْيِيرُهُ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَهُ بِأُجْرَةٍ أَوْ يَقْلَعَ وَيَغْرَمَ أَرْشَ نَقْصِهِ ، وَقِيلَ : فَائِدَتُهُ : طَلَبُ ٱلأُجْرَةِ فَقَطْ . وَلَوْ رَضِيَ بِوَضْعِ ٱلْجُذُوعِ وَٱلْبِنَاءِ عَلَيْهَا بِعِوَضٍ : فَإِنْ أَجَّرَ رَأْسَ ٱلْجِدَارِ لِلْبِنَاءِ . . فَهُوَ إِجَارَةٌ ، . . . .

والثاني : لا يرجع بعده ؛ لأن مثل هـٰذه الإعارة المقصود بها التأبيد ، كما إذا أعار لدفن ميت ، وهـٰذا عليه أكثر العراقيين ، وإذا قلنا لا رجوع . . فلا أجرة ، لـٰكن إذا رفع الجذوع صاحبها أو سقطت بنفسها فهل له إعادتها بمقتضى الإذن الأول؟ وجهان : أصحهما : لا ؛ لأن الإذن إنما يتناول مرة ، فلا بد من إذن جديد .

تنبيه :

محل المنع من إعادة الجذوع إذا وضعت بإذن ، فلو ملكا علواً وجذوعاً موضوعة عليه ، ولم يعلم كيف وضعت : فإذا سقط الجدار . . فليس له المنع من إعادة الجذوع بلا خلاف ، ولو أراد صاحب الجدار نقضه ، فإن كان مستهدماً . . جاز ، وحكم إعادة الجذوع ما سبق ، وإن لم يكن مستهدماً . . فلا .

قال : (**وفائدة الرجوع : تخييره بين أن يبقيه بأجرة أو يقلع ويغرم أرش نقصه**) كما إذا أعار أرضاً للبناء والغراس .

قال : (**وقيل : فائدته : طلب الأجرة فقط**) ؛ لأن ضرر القلع يتعدىٰ إلىٰ خالص ملك المستعير ، لأن الجذوع إذا قلعت أطرافها لم تستمسك على الجدار الباقي ، وسيأتي في (العارية) ما في ذلك من التناقض إن شاء الله تعالىٰ .

قال : (**ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض : فإن أجر رأس الجدار للبناء . . فهو إجارة**) ويجوز ذلك بلا خلاف كسائر الأعيان التي تؤجر للمنافع ، ويصح بلفظ الإجارة والصلح ، وكذا بلفظ بيع المنفعة إذا صححنا الإجارة[(١)] .

ويشترط فيها شروطها ، لـٰكن لا يشترط فيها بيان المدة في الأصح ؛ لأن الحاجة تدعو إلىٰ دوامه وهـٰذا أيضاً مفرع علىٰ عدم الإجبار ، أما على الإجبار . . فلا يجوز أخذ العوض عليه .

---

(١) في هامش (ت) و(ك) : (أي : بلفظ البيع) .

وَإِنْ قَالَ : بِعْتُهُ لِلْبِنَاءِ عَلَيْهِ ، أَوْ بِعتُ حَقَّ ٱلْبِنَاءِ عَلَيْهِ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّ هَـٰذَا ٱلْعَقْدَ فِيهِ شَوْبُ بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ ، فَإِذَا بَنَىٰ . . فَلَيْسَ لِمَالِكِ ٱلْجِدَارِ نَقْضُهُ بِحَالٍ . وَلَوِ ٱنْهَدَمَ ٱلْجِدَارُ فَأَعَادَهُ مَالِكُهُ . . فَلِلْمُشْتَرِي إِعَادَةُ ٱلْبِنَاءِ . . . .

قال : (**وإن قال : بعته**) أي : رأس الجدار (**للبناء عليه ، أو بعت حق البناء عليه . . فالأصح : أن هـٰذا العقد فيه شوب بيع وإجارة**) أما شوب البيع . . فللتأبيد ، وأما شوب الإجارة . . فلأن المستحق به منفعة ، وجوز الشافعي رضي الله عنه ذلك في حقوق الأملاك كحق المرور ومجرى الماء ومسيله ؛ لمسيس الحاجة في ذلك إلىٰ إثبات الارتفاق على التأبيد ، ولو كان إجارة محضة . . لاشترط تأقيتها ، ولو كان بيعاً محضاً . . لكان رأس الجدار لصاحب الجذوع .

والثاني : أنه إجارة ، واغتفر فيها التأبيد ؛ للحاجة كخراج السواد .

والثالث : أنه بيع يملك المشتري به رأس الجدار ، واستشكله الرافعي .

ولو باعه وشرط أن لا يبني عليه . . جاز وانتفع به فيما عدا البناء ، وإن باع ولم يتعرض للبناء . . فكذلك في أصح الوجهين ، وقيل : يبني .

و(الشوب) : الخلط ، وعبر في « المحرر » وغيره بـ(شائبة) هنا وفي (الخلع) وغيرهما وهو غير مستقيم ؛ فإن الشائبة مؤنث شائب ، وقد نبه في « الدقائق » علىٰ ذلك إلا أنه قال : التعبير بشائبة تصحيف ، وصوابه : تحريف .

قال : (**فإذا بنىٰ . . فليس لمالك الجدار نقضه بحال**) أي : نقض بناء المشتري ؛ لأنه استحق دوامه بعقد لازم ، وليس للمالك أيضاً منعه من البناء ، ولا هدم جدار نفسه ، لـٰكن طريق مالك الجدار أن يشتري منه حق البناء بثمن معلوم ، فإن ذلك جائز كما صرح به المحاملي ، وحينئذ يتمكن من الخصال التي يتخير المعير بينها ؛ لزوال استحقاق صاحب الجذوع ، ولا يتمكن من القلع مجاناً .

قال : (**ولو انهدم الجدار فأعاده مالكه . . فللمشتري إعادة البناء**) ؛ لأنه حق ثبت له[1] .

---

(١) كذا في (ج) بزيادة : (ولو كان الانهدام والإعادة قبل بناء المشتري . . كان للمشتري البناء أيضاً ، وهـٰذه الصورة لا تؤخذ من كلام المصنف) .

وَسَوَاءٌ كَانَ ٱلإِذْنُ بِعِوَضٍ أَوْ بِغَيْرِهِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ قَدْرِ ٱلْمَوْضِعِ ٱلْمَبْنِيِّ عَلَيْهِ طُولاً وَعَرْضاً ، وَسَمْكِ ٱلْجُدْرَانِ ، وَكَيْفِيَّتِهَا ، وَكَيْفِيَّةِ ٱلسَّقْفِ ٱلْمَحْمُولِ عَلَيْهَا . . . .

هٰذا إذا بناه بتلك الآلة . . وبمثلها ، فإن بناه بغير تلك الآلة . . ففي « الشرح » و« الروضة » لا خلاف أنه لا يعيد إلا بإذن جديد ؛ لأنه جدار آخر ، واعترضا بأن الخلاف مذكور في « البحر » في (باب العارية) .

قال في « المطلب » : ولعل قائله يقول : الأس أصل ، فما دام . . فالاعتبار به ، فلو حذف المصنف لفظة (الإعادة) وقال : فللمشتري البناء . . لشمل هٰذه ، وأما مالك الجدار . . فلا يجبر علىٰ إعادته في الجديد .

ولو أراد صاحب الجذوع إعادة الجدار من ماله ليتمكن من وضع الجذوع عليه . . لم يكن لصاحب الجدار منعه ؛ لأنه ثبت له حق لازم في الجدار وما تحته .

وعبر المصنف بـ(الانهدام) ؛ ليحترز عما لو هدمه صاحب السفل أو غيره ، فإن هدم قبل بناء المشتري . . فعلى الهادم قيمة حق البناء ؛ لأنه حال بين المشتري وبين حقه بالهدم ، فإذا أعاد البائع حائطه . . استرد الهادم القيمة ؛ لأن الحيلولة قد ارتفعت وإن كان الهدم بعد بنائه .

والقياس أن يقال : إن قلنا : إن من هدم جدار الغير يلزمه إعادته . . فعليه إعادة السفل والعلو ، وإن قلنا : يلزمه أرش النقص فعليه . . أرش نقص الآلات وقيمة حق البناء ؛ للحيلولة ، كذا قاله الرافعي[1] .

قال : (**وسواء كان الإذن بعوض أو بغيره يشترط بيان قدر الموضع المبني عليه طولاً وعرضاً ، وسمك الجدران ، وكيفيتها ، وكيفية السقف المحمول عليها**) ؛ لأن الأغراض تختلف بذلك ، والغرر مجتنب في البيع والإجارة والعارية التي لا ينفصل الحال فيها بمجرد الرجوع ، وقيل : يكفي إطلاق البناء ، ويحمل علىٰ ما يحتمله المبني عليه ، والصحيح : أنه لا يشترط التعرض لوزن ما يبنيه ؛ لأن تعريف كل شيء بحسبه ، وإذا كانت الآلات مشاهدة . . أغنت مشاهدتها .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ أَذِنَ فِي ٱلْبِنَاءِ عَلَىٰ أَرْضِهِ.. كَفَىٰ بَيَانُ قَدْرِ مَحَلِّ ٱلْبِنَاءِ. وَأَمَّا ٱلْجِدَارُ ٱلْمُشْتَرَكُ: فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا وَضْعُ جُذُوعِهِ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ فِي ٱلْجَدِيدِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتِداً أَوْ يَفْتَحَ كَوَّةً بِلاَ إِذْنٍ، ....

و(السمك) بفتح السين: الارتفاع إذا أخذت من أسفل صاعداً، فإن عكست.. سمي عمقاً بضم العين المهملة.

والمراد بكيفية الجدران: أهي مجوفة أم لا؟ بالحجر أم بالطوب؟ وكيفية السقف: أهو عقد أم غيره؟ بالقصب أم بالجريد أم بخشب؟

قال: (**ولو أذن في البناء علىٰ أرضه.. كفىٰ بيان قدر محل البناء**)؛ لأن الأرض تحتمل كل شيء فلا يختلف الغرض إلا بقدر محل البناء.

وقيل: يجب بيان السمك والكيفية أيضاً؛ لأنه قد تطول بسببه مدة التفريغ عند انتهاء المدة، وهـٰذا التعليل يقتضي: أنه لا يأتي إذا باع حق البناء عليها؛ لأنه لا رجوع له[1].

نعم؛ ينبغي اشتراط قدر ما يحفر؛ لأن الغرض به يختلف[2].

قال: (**وأما الجدار المشترك: فليس لأحدهما وضع جذوعه عليه بغير إذن في الجديد**) هما القولان السابقان في جدار الأجنبي.

قال: (**وليس له أن يتد فيه وتداً أو يفتح كوة بلا إذن**) هـٰذا لا خلاف فيه قياساً علىٰ منع الانتفاع بسائر الأملاك المشتركة بغير إذن، وكذا يمتنع أن يترب الكتاب من ترابه إلا بإذن، أما بالإذن.. فيجوز، لـٰكن يشترط عدم العوض؛ لئلا يكون صلحاً على الضوء والهواء المجرد.

و(الوتد) بكسر التاء على المشهور: واحد الأوتاد، وبالفتح لغة.

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته.

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته.

وَلَهُ أَنْ يَسْتَنِدَ إِلَيْهِ وَيَسْنِدَ مَتاعاً لاَ يَضُرُّ ، وَلَهُ ذَٰلِكَ فِي جِدَارِ ٱلأَجْنَبِيِّ . وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ شَرِيكِهِ عَلَى ٱلْعِمَارَةِ فِي ٱلْجَدِيدِ . . . .

فرع :

إذا فتح باباً بالإذن . . فليس له السد أيضاً إلا بالإذن ؛ لأنه تصرف في ملك الغير .

قال : (**وله أن يستند إليه ويسند متاعاً لا يضر**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » .

قال : (**وله ذلك في جدار الأجنبي**) أيضاً ؛ لفعل السلف والخلف ، كما له أن يستضيء بسراجه ويستظل بظل جداره .

فرع :

لو منع أحدهما الآخر من الاستناد . . فالأصح في زوائد « الروضة » : أنه لا يمتنع ؛ لأنه عناد محض كما لو قال : لا تنظر إلىٰ حسن داري ونضارة أشجاري ورونق ثيابي ، وادعى الإمام فخر الدين في « المحصول » الإجماع عليه ، وقيده غيره بما إذا لم يحصل ثقله عليه[1] .

قال المتولي : ولو أراد أن يملأ البيت بشيء يظهر ثقله على الحائط بحيث يخشىٰ أن يدفعه . . لم يجز[2] .

قال : (**وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد**) كما لا يجبر علىٰ زراعة الأرض المشتركة ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر ، لٰكنه يجبر في الأرض علىٰ إجارتها على الصحيح ، وبه يندفع الضرر .

والقديم : يجبر على العمارة ؛ صيانة للأملاك المشتركة عن التعطيل ، وصححه في « الشامل » و« الذخائر » و« المرشد » ، وأفتىٰ به الشاشي وابن الصلاح ، وكذلك الغزالي إن ظهر للقاضي أنه معاند .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَلَوْ أَرَادَ إِعَادَةَ مُنْهَدِمٍ بِآلَةٍ لِنَفْسِهِ . . لَمْ يُمْنَعْ ، وَيَكُونُ ٱلْمُعَادُ مِلْكَهُ ؛ يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ وَيَنْقُضُهُ إِذَا شَاءَ . وَلَوْ قَالَ ٱلآخَرُ : لاَ تَنْقُضْهُ وَأَغْرَمُ لَكَ حِصَّتِي . . لَمْ تَلْزَمْهُ إِجَابَتُهُ . وَإِنْ أَرَادَ إِعَادَتَهُ بِنُقْضِهِ ٱلْمُشْتَرَكِ . . فَلِلآخَرِ مَنْعُهُ . . . .

وأطلق الرافعي القولين ، وقيدهما الإمام والغزالي بعمارة يختل الملك بتركها ، فلا إجبار في الزيادة علىٰ ذلك قولاً واحداً ، وقيدهما ابن داوود بما إذا لم تمكن القسمة ، فإن أمكنت . . فلا إجبار قطعاً .

قال الرافعي : والقولان يجريان في تنقية البئر والقناة والنهر ، وفي السترة بين السطحين إذا تشعثت واحتاجت إلى الإصلاح ، وفيما لو كان علو الدار لواحد وسفلها لآخر فانهدمت وطلب صاحب العلو من صاحب السفل أن يعيد سفله ليبني عليه .

قال : (**فلو أراد**) أي : الشريك (**إعادة منهدم بآلة لنفسه . . لم يمنع**) ؛ لأن له غرضاً في الوصول إلىٰ حقه ، كما لو سقطت جذوعه الموضوعة على الجدار المشترك . . ينفرد بإعادتها .

قال : (**ويكون المعاد ملكه ؛ يضع عليه ما شاء وينقضه إذا شاء**) ؛ لأنه بآلته ، لـٰكن إذا كان للممتنع عليه حمل فهو علىٰ حاله .

واستبعد الشيخ وغيره جواز إعادة المنهدم وقال : إنه بعيد عن القواعد ؛ لأن العرصة مشتركة ، ولا حق لأحدهما على الآخر في الاستبداد بها ، لا سيما وهو يمكنه المقاسمة فإن الأصح : جواز القسمة في ذلك بالتراضي عرضاً في كمال الطول وبها يندفع الضرر .

قال : (**ولو قال الآخر : لا تنقضه وأغرم لك حصتي . . لم تلزمه إجابته**) ؛ لأنه ملكه وهـٰذا تفريع على الجديد ، أما على القديم وهو لزوم العمارة . . فعليه إجابته .

قال : (**وإن أراد إعادته بنقضه المشترك . . فللآخر منعه**) ؛ لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه فمنع كسائر الأعيان المشتركة ، وفي وجه ليس له منعه .

قال في « الوسيط » : واتفق عليه الأصحاب .

وقال في « المطلب » : إنه الأشبه ، وبه جزم في « التنبيه » .

وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَىٰ إِعَادَتِهِ بِنُقْضِهِ . . عَادَ مُشْتَرَكاً كَمَا كَانَ . وَلَوِ ٱنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ ٱلآخَرُ زِيَادَةً . . جَازَ وَكَانَتْ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ فِي نَصِيبِ ٱلآخَرِ . . . .

وقال الإمام : مفهوم كلامهم : جواز الإقدام عليه عند عدم المنع ، وهـٰذا الوجه ذكره الرافعي وحذفه من « الروضة » ، واختار الشيخ : أن صاحب الأسفل ليس له منع صاحب العلو ، ولصاحب العلو منع صاحب السفل .

و(النقض) : البناء المنقوض ، وهو بضم النون عند ابن سيده والأزهري ، وعند الجوهري وابن فارس بكسرها ، وجمعه أنقاض ، قال سيبويه : ولم يكسر علىٰ غير ذلك .

قال : (**ولو تعاونا علىٰ إعادته بنقضه . . عاد مشتركاً كما كان**) سواء تعاونا بعمل يد أو أجرة ، فلو شرط التفاوت في الملك . . فسد الشرط في الأصح .

قال : (**ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر زيادة . . جاز وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر**) وللمسألة صورتان :

إحداهما ـ وهي أقرب إلىٰ لفظ المصنف ـ : أن يعاد بنقضها وهو الظاهر ، فيشترط أن تجعل له الزيادة من النقض في الحال ، فإن شرط له بعد البناء . . لم يصح ؛ لأن الأعيان لا تؤجل .

الثانية : أن تصور بالإعادة بآلة أحدهما ، فهي مخرجة علىٰ قولي الجمع بين بيع وإجارة ؛ لأنه قابل آلته وعمله ببعض العرصة .

فرع :

إذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك من غير إذن صاحبه لاستهدام وغيره ، أو الجدار الخالص لغيره . . فالنص إجبار الهادم علىٰ إعادته ؛ لحديث جريج الثابت في « الصحيحين » [خ ٢٤٨٢ـ م ٢٥٥٠] فإنه قال : « أعيدوها كما كانت »(١) .

---

(١) قصة جريج مشهورة في « الصحيحين » ، وليس فيهما هـٰذه الجملة ، وتفرد أحمد بهـٰذه الزيادة في « المسند » (٢/ ٣٨٥) .

وقيل : فيه القولان في الإجبار على العمارة ، والقياس : غرامة النقصان ؛ لأن الجدار ليس بمثلي[1] .

والصواب : أن المراد الإجبار علىٰ أن يبني مع شريكه ، وأما وجوب إعادتها على الهادم . . فلا يمكن بل تجب قيمته عليه ؛ لأنا لو أجبرناه علىٰ إعادته مستهدماً . . فهو غير منضبط ، أو غير مستهدم . . كان زائداً علىٰ ما هدمه ، وذلك حيف .

وأما الجدار المختص بالغير . . فلا يضمنه إلا بالأرش بلا نزاع سواء كان الهادم عاصياً أم لا .

قال : (**ويجوز أن يصالح علىٰ إجراء الماء وإلقاء الثلج في ملكه علىٰ مال**) كحق البناء ، فإن قدر المدة . . فإجارة ، وإلا . . فعلى الأوجه الثلاثة المتقدمة في بيع حق البناء .

وعن القديم : أن الجار إذا احتاج إلىٰ ذلك . . وجب ولا يجوز الاعتياض عنه .

وقوله : (في ملكه) يشمل السطح والأرض ، وهو كذلك بالنسبة إلى الماء ، أما إلقاء الثلج . . فلا تجوز المصالحة عليه على السطح[2] .

والمراد من إجراء الماء : ماء المطر ونحوه ، أما الغسالة . . فلا تجوز المصالحة علىٰ إجرائها ؛ لأنها مجهولة لا تدعو الحاجة إليها ، وفي وجه تصح ؛ للحاجة إلىٰ ذلك .

وإن كان على الماء المتحصل في السطح من الأمطار . . فشرط صحة الصلح عليه أن يعرفا قدر السطح الذي يجري منه الماء .

وإن كان على الماء المجلوب في نهر أو عين . . فيصح أيضاً بشرط بيان موضع

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ج) : (من « الإسنوي » : قال رحمه الله : لما فيه من الضرر ، وهـٰذه الصورة واردة على المصنف ، والمأذون له في إجراء ماء المطر ليس له إلقاء الثلج ، ولا أن يترك الثلج حتىٰ يذوب فيسيل إليه ، وكذلك أيضاً المأذون له في إلقاء الثلج ليس له إجراء الماء) .

وَلَوْ تَنَازَعَا جِدَاراً بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا : فَإِنِ ٱتَّصَلَ بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا بِحَيْثُ يُعْلَمُ أَنَّهُمَا بَنَيَا مَعاً . فَلَهُ ٱلْيَدُ ، . . . .

الإجراء وطوله وعرضه وعمقه وتقدير المدة .

قال في « الشامل » : ولا بد أن يكون الموضع محفوراً أيضاً .

فروع :

تجوز المصالحة علىٰ قضاء الحاجة في حش غيره بمال ، وعلىٰ جمع الزبل والقمامة في ملكه ، وهي إجارة تراعىٰ فيها شرائطها ، وكذا المصالحة على البيتوتة علىٰ سطح داره .

ولو حصلت أغصان شجرته في هواء ملك غيره . . لزمه إزالة الأغصان إلا أن يرضىٰ صاحب الملك بتركها ، فإن طالبه بذلك فلم يفعل . . فله تحويل الأغصان عن ملكه باللّي ونحوه ، فإن لم يمكن . . فله قطعها ، ولا يحتاج فيه إلىٰ إذن القاضي على الصحيح .

وإن صالحه علىٰ إبقائها بعوض ، فإن لم يستند الغصن إلىٰ شيء . . لم يصح ، وإن استند ، فإن كان بعد الجفاف . . جاز ، وإن كان رطباً . . لم يجز ؛ لأنه يزيد ، وانتشار العروق كانتشار الأغصان ، وكذلك ميل الجدار .

قال : (**ولو تنازعا جداراً بين ملكيهما : فإن اتصل ببناء أحدهما بحيث يعلم أنهما بنيا معاً . . فله اليد**) ؛ لأن اتصاله به أمارة ظاهرة علىٰ يده وتصرفه ، ونقل الإمام الاتفاق عليه ، ويعرف ذلك بأن يدخل أنصاف لبنات الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص ، ونصف لبنات جداره الخاص في لبنات المتنازع فيه ، ويظهر ذلك في الزوايا .

ومن صور الاتصال : أن يكون لأحدهما عليه أزج[1] لا يمكن إحداثه بعد بناء الجدار بتمامه ، فعلى هـٰذا : يحلف ويحكم له به إلا أن تقوم بينة بخلافه .

---

(١) في هامش (ج) : (الأزج ـ بهمز وزاي مفتوحتين ـ : العقد يكون علىٰ إيوان أو غيره) .

وَإِلاَّ . . فَلَهُمَا . فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً . . قُضِيَ لَهُ ، وَإِلاَّ . . حَلَفَا ، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلاَ . . جُعِلَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا . . قُضِيَ لَهُ . . . .

فلو كان الجدار المتنازع فيه علىٰ خشبة طرفها في ملك أحدهما ، وليس منها شيء في ملك الآخر . . فالخشبة لمن طرفها في ملكه والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً ، وفيه احتمال للإمام .

قال : (وإلا . . فلهما) أي : إذا لم يحصل الاتصال المذكور بأن كان منفصلاً عنهما أو متصلاً بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه . . فتكون اليد لهما ؛ لعدم المرجح .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولا نظر إلى الدواخل والخوارج وأنصاف اللبن ومعاقد القمط[1] ـ وهو بكسر القاف وإسكان الميم ـ وأغلب ما يكون ذلك في السترة بين السطحين فتشد بحبال أو خيوط .

قال : (فإن أقام أحدهما بينة . . قضي له) ؛ لأنها مقدمة على اليد .

قال : (وإلا . . حلفا) أي : إذا لم يقم أحدهما بينة أو أقاماها . . حلف كل منهما لصاحبه ؛ لأن كلاً مدعىً عليه ويده على النصف ، فالقول قوله فيه كالعين الكاملة ، وهل يتخير القاضي فيمن يبدأ بتحليفه منهما أو يقرع؟ وجهان في « الحاوي » .

قال الرافعي : ويجوز أن يقال : من سبق دعواه بدأ بتحليف صاحبه[2] .

في قدر ما يحلفه عليه وجهان : الأصح : علىٰ نصفه ، وقيل : علىٰ جميعه .

قال : (فإن حلفا أو نكلا . . جعل بينهما) ؛ لظاهر اليد .

قال : (وإن حلف أحدهما . . قضي له) أي : بالجميع .

وصورة المسألة : أن يحلف علىٰ نفي استحقاق صاحب النصف الذي في يده بعد طلبه ، ثم يحلف أنه يستحق النصف الذي في يد صاحبه بعد أن يرد اليمين عليه ، فلو كان القاضي قد بدأ بصاحبه أولاً فنكل وطلب يمين غريمه ، فعرض علىٰ هـٰذا فحلف أن جميعها له . . قال الشيخ : فالظاهر : أن ذلك يكفي ؛ لأنه متضمن للنفي

---

(١) في هامش (ج) : ([القِمْطُ] : حِبال رِقاق ، قاله الأزهري) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلَوْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ . . لمْ يُرَجَّحْ . وَٱلسَّقْفُ بَيْنَ عُلْوِهِ وَسُفْلِ غَيْرِهِ كَجِدَارٍ بَيْنَ مِلْكَيْنِ ، فَيُنْظَرُ : أَيُمْكِنُ إِحْدَاثُهُ بَعْدَ ٱلْعُلْوِ؟ . . فَيَكُونُ فِي يَدِهِمَا ، أَوْ لاَ . . فَلِصَاحِبِ ٱلسُّفْلِ . . . .

والإثبات[1] ، فلو بدأ بأحدهما فحلف ثم عرض على الآخر فنكل . . فلا بد من يمين الحالف أولاً اليمينَ المردودة .

قال : (**ولو كان لأحدهما عليه جذوع . . لم يرجح**) ؛ لأنها قد تكون وضعت بإجارة أو إعارة أو بيع فلا يترك المحقق بمحتمل ، فإذا حلفا بقيت الجذوع بحالها ؛ لاحتمال أنها وضعت بحق ، وهٰذا بخلاف ما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر سائقها أو آخذ بزمامها . . فإن القول قول الراكب على الأصح بيمينه ؛ لانفراده باليد ، بخلاف الجذوع فإنه لا يرجح بها ؛ لأن كلاً منهما منتفع بالجدار .

وإن امتاز صاحب الجذوع بزيادة كما لو كان في دار ولأحدهما فيها متاع . . فإنها بينهما ، والوجهان فيما لو تنازعا ثوباً وأحدهما لابسه والآخر متعلق به يجاذبه .

واتفقوا علىٰ أنهما لو تنازعا سفينة وأحدهما راكبها والآخر ممسكها . . أنها للراكب ؛ لأنه متصرف .

وإنما عبر بـ(الجذوع) تبعاً لـ« المحرر » دون الجذع ؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله يقول: إن الجمع منها يحصل به الترجيح دون الواحد، وفي الاثنين اختلاف رواية عنه .

قال : (**والسقف بين علوه وسفل غيره كجدار بين ملكين ، فينظر : أيمكن إحداثه بعد العلو؟ . . فيكون في يدهما**) ؛ لأنهما يشتركان في الانتفاع به ، فإنه أرض لصاحب العلو وساتر لصاحب السفل ، وصورة ذلك في السقف الخشب ؛ فإن إحداثه ممكن بأن ينقب الحائط وتجعل الجذوع وتوضع عليها الألواح وغيرها .

و(العلو) مثلث العين و(السفل) بضم السين وكسرها .

قال : (**أو لا . . فلصاحب السفل**) أي : إذا لم يمكن إحداثه كالأزج . . فإنه يكون في يد صاحب السفل ؛ لاتصاله ببنائه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

تتمة :

حيث جعل بينهما . . فللأعلى الانتفاع به بالجلوس ووضع المتاع المعتاد ، وينتفع الأسفل بالاستظلال به وله أن يعلق فيه ما لا يتأثر به كالثوب ونحوه ، وأما تعليق ما يتأثر به ففيه أوجه :

أصحها : الجواز مطلقاً ؛ ليساوي الأعلىٰ لأن ثقله عليه .

والثاني : المنع .

والثالث : إن أمكن من غير إثبات وتد في جرم السقف . . جاز من غير سرف ، وإلا . . فلا ، وعلىٰ هـٰذا ليس للأعلىٰ غرز وتد فيه أيضاً .

* * *

خاتمة

لإنسان دار وعرصة متجاورتان ، وللدار ميزاب يرمي في العرصة فباع العرصة . . فهل لمشتريها منعه من إرسال ماء الميزاب فيها؟

قال ابن الصلاح : إن كان ذلك مستنداً إلى اجتماعهما في ملك واحد . . فله ذلك ، وإن كان مستنداً إلى سبب سابق على اجتماعهما في ملكه جعل هـٰذا حقاً من حقوق الدار . . لم يكن له ذلك[1] .

ولو تنازعا في حيطان السفل التي عليها الغرفة . . فالمصدق صاحب السفل ؛ فإنها في يده ، أو في حيطان الغرفة . . فالمصدق صاحب العلو ؛ لأنها في يده .

* * *

---

(١) في هامش (ت) : (ولو لم يعلم جهة الاستناد . . محل نظر . فتدبر) .
وفي هامش (ك) : (الأوجه : عدم المنع مطلقاً ؛ لأنه مستحق شرعاً) .

بَابُ ٱلْحَوَالَةِ

. . . .

باب الحوالة

هي بفتح الحاء وحكى الجيلي كسرها : مشتقة من التحويل والانتقال ، يقال : حال فلان عن العهد ، أي : انتقل عنه .

وهي في الشرع : نقل الحق من ذمة إلىٰ ذمة ، فكأن الحق حول من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحال عليه ، ويطلق على العقد الذي يحصل به الانتقال ، وهو الذي يستعمله الفقهاء غالباً .

والأصل فيها : ما روى الشيخان [خ ٢٢٨٧ـ م ١٥٦٤] عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مطل الغني ظلم ، وإذا أتبع أحدكم علىٰ مليء . . فليتبع » وفي رواية لأحمد [٢/٤٦٣] والبيهقي [٦/٧٠] : « وإذا أحيل أحدكم علىٰ مليء . . فليحتل » وهو الذي في « المحرر » .

وألف (أتبع) مضمومة ، وتاء (فليتبع) مشددة[1] .

و(المليء) بالهمز : من الامتلاء .

وهـٰذا الأمر عندنا وعند جمهور العلماء للندب ، فمن أحيل علىٰ مليء . . استحب له القبول .

وقال الماوردي : للإباحة ؛ لوروده بعد الحظر وهو : (نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الدين بالدين)[2] كقوله : ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ .

وقال أبو ثور وداوود : واجب .

---

(١) في هامش (ك) : (قال النووي في « شرح مسلم » [١٠/٢٢٨] : الصواب المشهور في الروايات والمعروف في كتب اللغة : إسكان التاء من قوله : « فليتبع ») .

(٢) عبد الرزاق (١٤٤٤٠) ، والبيهقي (٥/ ٢٩٠) .

. . . .

وللعلماء اختلاف في أن المماطل يفسق بمطله مرة واحدة ، أو لا بد من التكرر ؛ لأن المطل إطالة المدافعة .

قال المصنف : ومقتضىٰ مذهبنا : اشتراط التكرر[1] .

قال الشيخ : بل مقتضاه : عدم اشتراط التكرر ؛ لأن منع الحق بعد طلبه وانتفاء العذر عن أدائه يشبه الغصب ، والغصب كبيرة[2] ، وأيضاً تسمية النبي صلى الله عليه وسلم له ظلماً تشعر بكونه كبيرة ، والكبيرة لا يشترط فيها التكرر ، لـٰكن لا يحكم عليه بذلك حتىٰ يظهر عدم عذره ؛ لأنه قد يكون معذوراً في الباطن .

وأجمع المسلمون علىٰ جواز الحوالة في الجملة ، ومن جهة المعنىٰ ما فيها من الارتفاق ؛ فإن الإنسان قد يستحق ديناً وعليه مثله فيشق عليه الاستيفاء والإيفاء . . فجوزت لدفع هـٰذه الكلفة ، وإلا . . فالقياس : أنها لا تجوز ؛ لأنها بيع دين بدين وقد نهي عنه .

وفي حقيقتها أوجه ، وقيل : قول ووجهان .

الأظهر المنصوص : أنها بيع دين بدين جوز للضرورة .

فعلىٰ هـٰذا : تجوز الإقالة منها كما صرح به الخوارزمي في « الكافي »[3] .

والثاني ـ واختاره الشيخ وجماعة ـ : أنها استيفاء حق ، كأن المحتال استوفىٰ ما كان له من الحق في ذمة المحيل وأقرضه من المحال عليه .

والثالث ـ وهو اختيار القاضي والإمام ووالده ـ : أنها مركبة من المعاوضة والاستيفاء .

قال القاضي الطبري : وليس لهـٰذا الخلاف فائدة إلا ثبوت خيار المجلس إن قلنا :

---

(١) في هامش (ك) : (هو الأصح) .

(٢) في (ج) : (يشبه العضل والعضل كبيرة) .

(٣) في هامش (ك) : (الراجح خلافه كما ذكره الرافعي) .

وفي هامش (د) : (هـٰذا هو المفتىٰ به ، ولا يغتر بما نقل عن الرافعي : أنه جزم بعدم الجواز في «الشرح الكبير» في الفلس ، وأسقطه من « الروضة » ؛ لعدم رضاه بهـٰذا الرأي) .

بيع . . ثبت ، وإلا . . فلا وهو الأصح ، وليس كذلك ، بل له فوائد كثيرة تأتي في الباب ، منها : اشتراط الضمان والرهن وظهور المحال عليه مفلساً عند الحوالة ، والترجيح فيها مختلف .

قال : (**يشترط لها : رضا المحيل**) ؛ لأن له قضاء الحق من حيث يشاء ، ولا يتعين قضاؤه من محل معين ، كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه .

وقيل : يصح من غير رضاه حكاه في « الكفاية » عن بعض الشارحين قال : وصوره بما إذا قال : أحلتك علىٰ نفسي بالدين الذي لك علىٰ فلان فيقول المحتال : قبلت .

وأجاب الشيخ عنه بأن هـٰذا ضمان لا حوالة .

قال : (**والمحتال**) ؛ لأن حقه في ذمة المحيل ، فلا ينتقل إلا برضاه ؛ لأن الذمم متفاوتة .

وقال صلى الله عليه وسلم : « إن لصاحب الحق يداً ومقالاً »[1] .

ويعتبر في المحيل والمحتال من أهلية التصرف ما يعتبر في سائر المعاملات .

وعلم من اشتراط الرضا ـ وهو لا يعلم إلا بالإيجاب والقبول ـ أنه لا بد منهما كما في البيع ، وإنما اقتصر الأصحاب هنا علىٰ لفظ (الرضا) ؛ ليتكلموا علىٰ أن المحال عليه لا يشترط رضاه ، ولينبهوا علىٰ أن الرضا للمحتال غير واجب عليه ، بل موكول إلىٰ خيرته ، وحملوا الأمر الوارد في الحديث المتقدم على الاستحباب .

وتنعقد بلفظ الحوالة وما في معناها كقوله : أحلتك علىٰ فلان ، أو حولت ما في ذمتي إلىٰ ذمته ، أو نقلت أو أتبعتك عليه بما لك علي كما اقتضاه الخبر ، وما أشبه ذلك فيقول : قبلت أو احتلت أو اتبعت وما أشبهه .

ولو قال المحتال : أحلني ، فقال : أحلتك . . فعلى الخلاف في الاستحباب والإيجاب في البيع .

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٨٣) ، ومسلم (١٦٠١) .

لاَ ٱلْمُحَالِ عَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلاَ تَصِحُّ عَلَىٰ مَنْ لاَ دَيْنَ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ بِرِضَاهُ . وَتَصِحُّ بِٱلدَّيْنِ ٱللاَّزِمِ وَعَلَيْهِ . . . .

وقيل : ينعقد مطلقاً ؛ لأن الحوالة تسومح فيها ، وفي انعقادها بلفظ البيع خلاف مبني علىٰ مراعاة اللفظ أو المعنىٰ كالبيع بلفظ السلم .

قال : (**لا المحال عليه في الأصح**) ؛ للحديث ، ولأن الحق عليه فلا يعتبر رضاه ، كما لا يعتبر رضا العبد المبيع ، وهـٰذا نص عليه في « المختصر » ، وبه قال مالك وأحمد .

والثاني : يشترط ؛ لأنه أحد أركان الحوالة ، فأشبه المحيل ، وهـٰذا منصوص « الأم » ، وبه قال أبو حنيفة والإصطخري ، وبُني الخلاف علىٰ أنها معاوضة فلا يشترط ، أو استيفاء فيشترط ، والخلاف قولان ، فكان ينبغي التعبير بالأظهر .

ولو كان لأحد الطفلين علىٰ أخيه مال فأحاله الأب بماله علىٰ أخيه علىٰ نفسه ، أو على ابن له آخر صغير . . جاز .

قال : (**ولا تصح علىٰ من لا دين عليه**) وهو قول ابن سريج ؛ بناء علىٰ أنها معاوضة ، وليس على المحال عليه شيء حتىٰ يجعل عوضاً .

قال : (**وقيل : تصح برضاه**) كصلحه عليه ؛ بناء علىٰ أنها استيفاء ، فكأنه استوفاه من المحيل وأقرضه المحال عليه ، وهـٰذا قول المزني وابن الحداد وصححه القاضي أبو الطيب ، وإذا قلنا بهـٰذا . . فلا يبرأ المحيل ، بل حقيقة هـٰذه الحوالة إنما هو الضمان .

ونبه بقوله : (برضاه) علىٰ أنه في هـٰذه الحالة يشترط رضا المحال عليه بلا خلاف ، ونقل الإمام عن العراقيين وجهاً : أن هـٰذه الحوالة جائزة لا لازمة ، حتىٰ يجوز للمحال عليه أن يرجع قبل الأداء ، وكأن صاحب هـٰذا الوجه يراعي أنها توكيل مجرد .

قال : (**وتصح بالدين اللازم وعليه**) سواء اتفق سبب الوجوب فيهما أو اختلف ؛ بأن كان أحدهما ثمناً والآخر أجرة أو قرضاً أو بدل متلف .

ٱلْمِثْلِيِّ ، وَكَذَا ٱلْمُتَقَوِّمُ فِي ٱلأَصَحِّ ، وَبِٱلثَّمَنِ فِي مُدَّةِ ٱلْخِيَارِ ، وَعَلَيْهِ فِي ٱلأَصَحِّ . ...

قال الرافعي[١] : ولا يكفي اللزوم بل لا بد أن يكون مستقراً ، واستدركه عليه في « الروضة » ؛ لأن دين السلم لازم ، وأصح الأوجه : لا تجوز الحوالة به ولا عليه ، وما أطلقاه من اشتراط الاستقرار غير مستقيم ؛ لأن الأجرة قبل مضي المدة غير مستقرة ، وكذلك الصداق قبل الدخول والموت ، والثمن قبل قبض المبيع ، ونحو ذلك تصح الحوالة بها وعليها كما صرحوا به ، فلو عبرا بقولهما : يصح الاستبدال عنه . . لخرجت صورة السلم ؛ لأن المنع فيها لتعذر الاعتياض ، لا لعدم الاستقرار[٢] .

قال : (**المثلي**) هٰذا بدل من الأول ، وذلك كالحبوب والأثمان ، وقد تقدم حق المثلي .

قال : (**وكذا المتقوم في الأصح**) كالثياب والعبيد ؛ لثبوته في الذمة ولزومه .

والثاني : لا ؛ لأن المقصود من الحوالة إيصال المستحق إلى الحق من غير تفاوت ، وهٰذا لا يتحقق في المتقوم ، وقيل : لا يصح إلا بالأثمان خاصة .

و(المتقوم) بكسر الواو حيث ورد ؛ لأنه اسم فاعل ، فلا يصح الفتح علىٰ أن يكون اسم مفعول ؛ لأنه مأخوذ من تقوم كتعلم وهو قاصر ، واسم المفعول لا يبنىٰ إلا من متعد .

قال : (**وبالثمن في مدة الخيار ، وعليه في الأصح**) ؛ لأنه صائر إلى اللزوم ، والجواز عارض فيه ، كذا علله الرافعي ، ولا تأتي هٰذه العلة في خيار المجلس ؛ لأنه لازم للبيع لا عارض ، مع أن إطلاقه وإطلاق غيره يقتضي : أنه لا فرق بينه وبين خيار الشرط[٣] .

---

(١) في هامش (ك) : (قبل هٰذه المسألة وبعدها) .

(٢) في هامش (ك) : (مراد الشيخين بالمستقر هٰذا) .

(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلْأَصَحُّ : صِحَّةُ حَوَالَةِ ٱلْمُكَاتَبِ سَيِّدَهُ بِٱلنُّجُومِ ، دُونَ حَوَالَةِ ٱلسَّيِّدِ عَلَيْهِ . . . .

صورته : أن يحيل المشتري البائع علىٰ إنسان ، أو يحيل البائع إنساناً على المشتري .

والثاني : لا يصح لا به ولا عليه ؛ لعدم اللزوم ، وبهـٰذا قال القاضي أبو الطيب ، وكلام الماوردي والمتولي يقتضي تصحيحه .

واحترز بقوله : (في مدة الخيار) عما إذا أحال به بعد انقضائها وقبل قبض المبيع ؛ فإنها جائزة قطعاً .

قال : (**والأصح : صحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم ، دون حوالة السيد عليه**) ؛ لاستقرار ما أحال به السيد بخلاف العكس .

والثاني : يصحان أما الحوالة من المكاتب . . فلاستقرار الدين عليه ، وأما الحوالة عليه . . فنظراً إلىٰ أنها استيفاء .

والثالث : لا يصحان ؛ نظراً لما تقدم ، ولأن الاعتياض عن نجوم الكتابة لا يصح ، وإذا قلنا بصحة حوالة المكاتب سيده بالنجوم ، فإذا أحاله . . برىء وعتق ، ويلزم الدين في ذمة المحال عليه[1] .

وقال الإمام : إذا أحال العبد بالنجوم دفعة واحدة ، أو بالنجم الأخير . . جاز ؛ لأنه يعتق ويبقى الدين على المحال عليه ، ولو أحال السيد بالنجم الأخير . . لم يصح ؛ إذ لو صح . . لعتق ، ولو عتق . . لبرىء وسقط الدين .

واحترز بـ(النجوم) عما لو كان للسيد على المكاتب دين معاملة فأحال به عليه . . فالأصح الصحة .

فرع :

الجعل في الجعالة جزم الماوردي والمتولي بعدم صحة الحوالة به قبل العمل وبالصحة بعده ، قال الرافعي : والقياس : أن يأتي في الحوالة به[2] ، وعليه الخلاف في الرهن به وفي ضمانه .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَيُشْتَرَطُ : ٱلْعِلْمُ بِمَا يُحَالُ بِهِ وَعَلَيْهِ قَدْراً وَصِفَةً ، وَفِي قَوْلٍ : تَصِحُّ بِإِبِلِ ٱلدِّيَةِ وَعَلَيْهَا . وَيُشْتَرَطُ تَسَاوِيهِمَا جِنْساً وَقَدْراً ، وَكَذَا حُلُولاً وأَجَلاً وَصِحَّةً وَكَسْراً فِي ٱلأَصَحِّ . ...

قال : (**ويشترط : العلم بما يحال به وعليه**) ؛ لأن المجهول لا يصح بيعه ولا استيفاؤه .

قال : (**قدراً وصفة**) المراد : صفات السلم ، سواء كان مثلياً أم متقوماً كما تقدم ، ولم يذكر المصنف الجنس ؛ لأنه استغنىٰ عنه بالصفة .

قال : (**وفي قول : تصح بإبل الدية وعليها**) ؛ لأنها معلومة العدد والصفات .

والأظهر : المنع ؛ لأن صفاتها لا تنضبط ، والخلاف فيها مبني علىٰ جواز المصالحة عليها والاعتياض عنها .

والأصح فيهما : المنع ، فكذلك الحوالة .

قال : (**ويشترط تساويهما جنساً وقدراً**) ؛ لأنا إن جعلناها استيفاء . . استحال مع المخالفة ، أو معاوضة . . فهي معاوضة إرفاق جوزت للحاجة ، فاشترط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة كالقرض ، فلا تصح مع اختلاف الجنس ، كما لو أحال بالدراهم على الدنانير وعكسه .

والمراد بعدم الصحة : أن الحق لا يتحول ، فإن جرت . . فهي حوالة علىٰ من لا دين عليه .

وأغرب الزبيلي فجوزها مع اختلاف الجنس ، ولا تصح مع اختلاف القدر ، وقيل : تصح بالقليل على الكثير والمحيل متبرع بالزيادة ، واتفقوا علىٰ أنها تصح بالقليل علىٰ من له عليه أكثر .

قال : (**وكذا حلولاً وأجلاً وصحة وكسراً في الأصح**) ؛ إلحاقاً لتفاوت الوصف بتفاوت القدر ، والجودة والرداءة كالصحة والكسر .

والثاني : إن كان النفع فيه للمحتال . . جاز ، وإلا . . فلا .

فعلىٰ هـٰذا : يجوز أن يحيل بالمؤجل على الحال ، ولا يجوز أن يحيل بالحال

وَيَبْرَأُ بِٱلْحَوَالَةِ ٱلْمُحِيلُ عَنْ دَيْنِ ٱلْمُحْتَالِ ، وَٱلْمُحَالُ عَلَيْهِ عَنْ دَيْنِ ٱلْمُحِيلِ ، وَيَتَحَوَّلُ حَقُّ ٱلْمُحْتَالِ إِلَىٰ ذِمَّةِ ٱلْمُحَالِ عَلَيْهِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ بِفَلَسٍ أَوْ جَحْدٍ وَحَلِفٍ وَنَحْوِهِمَا . . لَمْ يَرْجِعْ عَلَى ٱلْمُحِيلِ ، . . . .

على المؤجل ، فإن كانا مؤجلين بأجلين مختلفين . . جاز أن يحيل بالأبعد على الأقرب دون عكسه ، وإن كان أحدهما صحيحاً والآخر مكسراً . . جاز أن يحيل بالمكسر على الصحيح ، ويكون المحيل متبرعاً بصفة الصحة ، ولا يحال بالصحيح على المكسر ، ووقع فيه سبق قلم في « الروضة » .

وفي وجه ثالث : يجوز أن يحيل بالمكسر على الصحيح وعكسه ؛ لأنه يجوز أن يأخذه بالتراضي ، لكن تعبيره بـ(الأصح) يقتضي أن الخلاف قوي وهو ضعيف ، فكان ينبغي أن يعبر بـ(الصحيح) كما فعل في « الروضة » .

وتجري الأوجه الثلاثة في الجيد والرديء .

فرع :

كان بالمحال به أو عليه ضامن أو رهن برىء الضامن وانفك الرهن ، ولا ينتقل بصفة الضمان كما صرح به الرافعي في آخر الباب ، وفي أول الباب الثاني من أبواب (الضمان)[1] ، وظاهر كلام « المطلب » : أنه لا خلاف فيهما .

والفرق بين المحال وبين الوارث : أن الوارث خليفة الموروث فيما ثبت له من الحقوق ، وأجاب البارزي بانتقال الرهن والضمان قياساً على الوارث .

قال : (**ويبرأ بالحوالة المحيل عن دين المحتال ، والمحال عليه عن دين المحيل ، ويتحول حق المحتال إلىٰ ذمة المحال عليه**) ؛ لأن ذلك فائدة الحوالة ، وقال الماوردي : أجمعوا عليه .

قال : (**فإن تعذر بفلس أو جحد وحلف ونحوهما . . لم يرجع على المحيل**) ؛ لأن حقه تحول ، وبرئت بعقد الحوالة الذمة ، فوجب أن لا يعود إليه كما لو أبرأه .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

فَلَوْ كَانَ مُفْلِساً عِنْدَ ٱلْحَوَالَةِ وَجَهِلَهُ ٱلْمُحْتَالُ . . فَلاَ رُجُوعَ لَهُ ، . . . .

وقال محمد بن الحسن : يرجع إذا أفلس .

وقال أبو حنيفة : يرجع إذا مات مفلساً ، أو جحد وحلف ؛ لورود ذلك عن عثمان رضي الله عنه .

لنا : أنه منقطع ومشكوك في متنه ، ومعارض بقول علي رضي الله عنه : لا يرجع .

وقوله : (ونحوهما) من زيادة الكتاب علىٰ « الشرح » و« الروضة » ، وأراد به امتناعه أو موت البينة بعد موته موسراً .

ولا فرق في الجحد بين أن يكون للدين أو للحوالة ؛ فلذلك أطلقه المصنف ، وكان الأولىٰ أن يعبر بالإنكار ؛ لأنه أعم من الجحد .

فروع :

أحال بشرط الرجوع على المحيل بتقدير الإفلاس أو الجحد فثلاثة أوجه في « الشرح » و« الروضة » من غير تصحيح ثالثها : تصح الحوالة دون الشرط[1] ، وهو مقتضىٰ إطلاق المصنف .

ولو أحال بمؤجل علىٰ مؤجل . . حلت الحوالة بموت المحال عليه ، ولا تحل بموت المحيل لبراءته بالحوالة .

وإذا قبل المحتال الحوالة من غير اعتراف بالدين . . قال في « المطلب » : كان قبوله متضمناً لاستجماع شرائط الصحة[2] ، فيؤاخذ بذلك لو أنكر المحال عليه ، وهل له تحليف المحيل أنه لم يعلم براءته؟ فيه وجهان[3] .

قال : (**فلو كان مفلساً عند الحوالة وجهله المحتال . . فلا رجوع له**) كما لو طرأ الإفلاس ، ولأنه مقصر ؛ إذ كان من حقه أن يفحص عن حاله قبل الحوالة .

---

(١) في هامش (ك) : (الأوجه : بطلانهما) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش(ك) : (أوجههما : أن له ذلك) .

وَقِيلَ : لَهُ ٱلرُّجُوعُ إِنْ شُرِطَ يَسَارُهُ . وَلَوْ أَحَالَ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلثَّمَنِ ، فَرَدَّ ٱلْمَبِيعَ بِعَيْبٍ . . بَطَلَتْ فِي ٱلْأَظْهَرِ ، أَوِ ٱلْبَائِعُ بِٱلثَّمَنِ فَوُجِدَ ٱلرَّدُّ . . لَمْ تَبْطُلْ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ . . . .

قال : (**وقيل : له الرجوع إن شرط يساره**) كما لو اشترىٰ عبداً بشرط أنه كاتب فأخلف ، وإلىٰ هٰذا ذهب ابن سريج وسليم ، وهو خلاف ما عليه الجمهور ، وأجابوا بأنه لو ثبت الرجوع عند الشرط . . لثبت عند عدمه ؛ لأنه نقص كالعيب .

وفي وجه آخر : أنه يرجع وإن لم يشرط ، واختاره الغزالي .

ولو خرج المحال عليه عبداً . . فهو كما لو علم رقه .

قال : (**ولو أحال المشتري بالثمن فرد المبيع بعيب**) وكذا بإقالة أو تحالف أو غيرهما (. . **بطلت في الأظهر**) هٰذه المسألة : وما بعدها إلىٰ آخر الباب من تخريجات المزني علىٰ قواعد الشافعي .

ووجه البطلان في هٰذه المسألة : أنه أحال بالثمن ، فإذا انفسخ العقد خرج المحال به عن كونه ثمناً ، فبطلت الحوالة .

والثاني : لا تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد المبيع بعيب فإن الاستبدال لا يبطل على المعروف ، وقيل : تبطل الحوالة قطعاً ، وقيل : لا قطعاً .

ولو أحال الزوج زوجته بصداقها علىٰ شخص ، ثم انفسخ النكاح قبل الدخول واقتضى الحال الرجوع . . لم تنفسخ الحوالة على الأصح ؛ لأن الصداق أثبت من غيره ، ولهٰذا لو زاد زيادة متصلة . . لم يرجع في نصفه إلا برضاها ، بخلاف المبيع ونحوه .

قال : (**أو البائع بالثمن**) أي : أحال البائع بالثمن رجلاً (**فوجد الرد . . لم تبطل على المذهب**) سواء قبض المحتال مال الحوالة من المشتري أم لا ؛ لتعلق الحق بثالث .

والطريق الثاني : طرد القولين في المسألة قبلها .

وَلَوْ بَاعَ عَبْداً وَأَحَالَ بِثَمَنِهِ ، ثُمَّ ٱتَّفَقَ ٱلْمُتَبَايِعَانِ وَٱلْمُحْتَالُ عَلَىٰ حُرِّيَّتِهِ ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ . . بَطَلَتِ ٱلْحَوَالَةُ ، فَإِنْ كَذَّبَهُمَا ٱلْمُحْتَالُ وَلاَ بَيِّنَةَ . . حَلَّفَاهُ عَلَىٰ نَفْيِ ٱلْعِلْمِ ، ثُمَّ يَأْخُذُ ٱلْمَالَ مِنَ ٱلْمُشْتَرِي . وَلَوْ قَالَ ٱلْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ : وَكَّلْتُكَ لِتَقْبِضَ لِي ، وَقَالَ ٱلْمُسْتَحِقُّ : أَحَلْتَنِي ، . . . .

قال : (**ولو باع عبداً وأحال بثمنه ، ثم اتفق المتبايعان والمحتال علىٰ حريته ، أو ثبتت ببينة . . بطلت الحوالة**) وكذا لو اتفقوا علىٰ أنه مستحق أو قامت البينة به ؛ لأنه بان أن لا ثمن ، فيرد المحتال ما أخذه على المشتري ، ويبقىٰ حقه في ذمة البائع .

والمراد بالبطلان هٰهنا : عدم الصحة ؛ لأن الحوالة لم تتقدم لها صحة ، وهٰذه البينة يقيمها العبد أو تشهد حسبة ، ولا يتصور أن يقيمها واحد من المتبايعين ؛ لأنه كذبها بالدخول في البيع ، قاله البغوي والروياني .

قال : (**فإن كذبهما المحتال ولا بينة . . حلفاه علىٰ نفي العلم**) طرداً للقاعدة فيقول : والله لا أعلم حريته .

قال : (**ثم يأخذ المال من المشتري**) ؛ لأن الحوالة باقية بحلفه ، وهل يرجع المشتري على البائع المحيل؟ قال البندنيجي وسليم والبغوي : لا ؛ لأنه يقول : المحتال ظلمني بما أخذه ، والمظلوم لا يطالب غير ظالمه .

وقال الأكثرون : نعم ؛ لأنه قضىٰ دينه بإذنه الذي تضمنته الحوالة ، قال ابن الرفعة : وهو الحق[1] .

وإذا قلنا بالرجوع . . فهل يرجع قبل دفع المال إلى المحتال؟ فيه الوجهان السابقان ، أصحهما : المنع .

فإن نكل المحتال عن اليمين . . حلف المشتري ، وبطلت الحوالة إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار ، وإلا . . فلا ؛ إذ ليس له إقامة البينة .

قال : (**ولو قال المستحق عليه : وكلتك لتقبض لي ، وقال المستحق : أحلتني ،**

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

أَوْ قَالَ : أَرَدْتُ بِقَوْلِي : أَحَلْتُكَ ٱلْوَكَالَةَ ، وَقَالَ ٱلْمُسْتَحِقُّ : بَلْ أَرَدْتَ ٱلْحَوَالَةَ . . صُدِّقَ ٱلْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ ، وَفِي ٱلصُّورَةِ ٱلثَّانِيَةِ وَجْهٌ . وَإِنْ قَالَ : أَحَلْتُكَ ، فَقَالَ : وَكَّلْتَنِي . . صُدِّقَ ٱلثَّانِي بِيَمِينِهِ . . . .

أو قال : أردت بقولي : أحلتك الوكالة ، وقال المستحق : بل أردت الحوالة . . صدق المستحق عليه بيمينه) ؛ لأن الأصل بقاء الحقين ، ولأنه أعرف بقصده .

قال في « المطلب » : ويتخرج عليهما ما إذا لم تكن له بينة ، قال : ولم أر فيه نقلاً[1] .

قال : **(وفي الصورة الثانية وجه)** ؛ لأن ظاهر اللفظ يوافق دعواه .

فعلى الأول : إن لم يكن المستحق قبض . . فليس له القبض ؛ لأن الحوالة لم تثبت والوكالة ارتفعت بالإنكار ، وإن قبض . . برئت ذمة المقبوض منه ؛ لتسليمه إلىٰ وكيل أو محال ، وعليه تسليمه للمستحق عليه ، وله مطالبة المستحق عليه بحقه في الحالين .

قال : **(وإن قال : أحلتك ، فقال : وكلتني . . صدق الثاني بيمينه)** ؛ لأن الأصل بقاء حقه ، وفي وجه : أن القول قول المحيل اعتباراً بالظاهر .

وموضع الوجهين في المسألة والتي قبلها : إذا كان اللفظ الجاري بينهما أحلتك بمئة علىٰ عمرو مثلاً ، فأما إذا قال : أحلتك بالمئة التي لك علي بالمئة التي لي علىٰ عمرو . . فهـٰذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة ، فالقول قول زيد بلا خلاف ، كذا قاله الشيخان ، ونوزعا في نفي الخلاف ؛ فإن كلام « النهاية » يشير إلىٰ إثباته .

فرع :

لك علىٰ رجل دين فلما طالبته به . . قال : قد أحلتك به علىٰ زيد ، وزيد غائب ، فأنكرت . . صدقت بيمينك ، فلو أقام بينة . . سمعت وسقطت مطالبتك عنه .

وفي ثبوت الحوالة في حق الغائب حتىٰ لا يحتاج إلىٰ إقامة بينة إذا قدم وجهان[2] .

---

(١) في هامش (ك) : (والأصح : أنه يكون حوالة) .
(٢) في هامش (ك) : (أرجحهما : عدم الاحتياج) .

. . . .

تتمة :

أحال من عليه الزكاة الساعي . . جاز إن قلنا : الحوالة استيفاء ، وإن قلنا : اعتياض . . فلا ؛ لامتناع أخذ العوض عن الزكاة ، كذا نقله الرافعي عن المتولي وأقره ، وكأن صورة المسألة فيما إذا تلف النصاب بعد التمكن ، فإن كان باقياً . . فلا دين حتىٰ يحال به ؛ لأن الزكاة تجب في العين .

* * *

خاتمة

جندي أجر إقطاعه وأحال ببعض الأجرة على المستأجر ثم مات؟ أجاب الشيخ بتبين بطلان الإجارة فيما بعد موته من المدة ، وبطلان الحوالة فيما يقابله .

وتصح الإجارة في المدة التي قبل موت المؤجر ، وتصح الحوالة بقدرها ، ولا يرجع المحال عليه بما قبضه المحتال منه من ذلك ، ويبرأ المحيل منه[1] .

* * *

---

(١) في هامش (ك) : (بلغ مقابلة علىٰ نسخة المصنف) .

بَابُ ٱلضَّمَانِ

. . . .

باب الضمان

لفظه مأخوذ من التضمن ، ومعناه تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه مع بقائه في ذمة من هو عليه .

وادعى ابن الصباغ أنه مأخوذ من الضم ، وأراد تفسير معناه دون اشتقاقه .

والضامن يسمى : الضمين والحميل والزعيم والكفيل والصبير .

والأصل فيه قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ ﴾ .

وقوله : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾ وكان حمل البعير معلوماً .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « الزعيم غارم » رواه أحمد [٥/ ٢٦٧] وأبو داوود [٣٥٦٥] والترمذي [١٢٦٥] وقال : حسن صحيح .

وفي «الصحيحين» [خ ٢٢٩١ـ م ١٦١٩]: (أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة فقال: « هل ترك شيئاً؟ قالوا : لا ، قال : هل عليه دين؟ قالوا : ثلاثة دنانير ، قال : صلوا علىٰ صاحبكم» قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه فصلىٰ عليه)[1] .

قال جابر رضي الله عنه : كان ذلك في ابتداء الإسلام وفي المال قلة ، فلما فتح الله الفتوح . . قال صلى الله عليه وسلم : « أنا أولىٰ بالمؤمنين من أنفسهم ، من خلف . . مالاً . . فلورثته، ومن خلف كلاً أو ديناً . . فكَلُّه إليَّ ودينه علي، فقيل: يا رسول الله؛

---

(١) وفي هامش (ك) : (وامتناعه من الصلاة ؛ لأن صلاته شفاعة ، وشفاعته مقبولة ، ونفس المرء معلقة بدينه حتىٰ يقضىٰ عنه) .

وفي هامش (ت) : (ذكر في « القونوي على الحاوي » : « أنه صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة فقال : « هل علىٰ صاحبكم من دين؟ » فقالوا : نعم ديناران ، فقال أبو قتادة : هما عليَّ يا رسول الله ، فصلىٰ عليه النبي صلى الله عليه وسلم » اهـ ، هـٰذا لفظه بحروفه فتأمل) .

وعلىٰ كل إمام بعدك؟ قال: وعلىٰ كل إمام بعدي»[1] رواه الطبراني في «الكبير» [٢٠/ ٢٦٥].

قال : (**شرط الضامن : الرشد**) فلا يصح ضمان الصبي والمجنون والسفيه ؛ لعدم رشدهم .

ومراده بـ(**الرشد**) : إطلاق التصرف ، سواء كان المضمون عنه حياً أو ميتاً ، أما الميت . . فلما تقدم ، وأما الحي . . فلما روى ابن عباس رضي الله عنهما : (أن النبي صلى الله عليه وسلم تحمل عن رجل عشرة دنانير) رواه الحاكم [٢/ ١٠] وقال : علىٰ شرط الشيخين .

وذكر في « المحرر » مع هـٰذا الشرط صحة العبارة ، والمصنف رأىٰ دخوله في الرشد . . فلهـٰذا حذفه .

نعم ؛ يرد عليه المكره والمكاتب ؛ فإن ضمانهما لا يصح وهما رشيدان ، وكذا المبذر بعد بلوغه رشيداً ولم يحجر الحاكم عليه يصح ضمانه وغيره من التصرفات وليس برشيد .

وصرح المصنف والرافعي في (كتاب الصيام) بأن الرشد يطلق على الصبيان ، فاقتضىٰ ذلك دخولهم في عبارته هـٰهنا وليس مراداً ، فلو ضمن وقال : كنت يوم الضمان صبياً أو مجنوناً . . قبل ذلك بيمينه إن أمكن الصبا وعرف الجنون .

والفرق بينه وبين ما إذا زوج أمته ثم ادعىٰ ذلك أن المصدق الزوج على الأصح : أن الأنكحة يحتاط فيها غالباً ، والظاهر : أنها تقع بشروطها .

وشملت عبارته المرأة فيصح ضمانها مزوجة كانت أو غيرها ، ولا حاجة إلىٰ إذن الزوج خلافاً لمالك .

قال : (**وضمان محجور عليه بفلس كشرائه**) فيكون صحيحاً كما تقدم في بابه ، ويطالب به إذا أيسر بعد فك الحجر ، وهـٰذا يصح ضمانه وليس من أهل التبرع .

---

(١) في هامش (ك) : (وقضية هـٰذا : وجوب قضاء دين الميت المعسر علىٰ كل إمام ، والصحيح عند أئمتنا : أن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم كعدته ، بدليل قضائها بعد وفاته ، فيحمل الخبر بتقدير صحته علىٰ تأكد ندب ذلك في حق غيره) .

وَضَمَانُ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ بَاطِلٌ فِي ٱلْأَصَحِّ ، وَيَصِحُّ بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ عَيَّنَ لِلْأَدَاءِ كَسْبَهُ أَوْ غَيْرَهُ . . قَضَىٰ مِنْهُ ، . . . .

واحترز عن المحجور عليه لسفه ، فلا يصح ضمانه مطلقاً ؛ لأنه تبرع .

قال : (**وضمان عبد بغير إذن سيده باطل في الأصح**) كنكاحه .

والثاني : يصح ؛ لأنه لا ضرر فيه على السيد فكان كما لو أقر بإتلاف مال ، وكما لو خالعت الأمة بمال في ذمتها بغير إذنه .

واختلف تصحيح الإمام في هـٰذين الوجهين ، فصحح في آخر « النهاية » : أنه لا يصح ، وفي (باب مداينة العبيد) : الصحة .

وعلى الأصح : الفرق بين الضمان وخلع الأمة : أن الضمان لا ضرورة إليه والخلع قد تحتاج إليه الأمة لسوء معاشرة الزوج .

قال : (**ويصح بإذنه**) ؛ لأن المنع كان لأجله وقد زال بإذنه ، وهـٰذا الإذن تمكين لا أمر ، فلو أمره سيده بالضمان . . لم يلزمه الامتثال ، بخلاف البيع وغيره من التصرفات فإنه يجب عليه امتثال أمر السيد فيها .

لـٰكن يرد على المصنف : ما إذا ضمن العبد بالإذن مالاً علىٰ أجنبي لسيده . . فإنه لا يصح ؛ لأن كسبه الذي يؤدي منه ملك للسيد ، بخلاف ما إذا ضمن ما عليه بإذنه . . فإنه يصح .

قال : (**فإن عين للأداء كسبه أو غيره . . قضىٰ منه**) ؛ امتثالاً لأمره ، لـٰكن قوله : (أو غيره) يشمل مال التجارة والذي في يد المأذون ، وإنما يصح تعيين السيد لذلك إذا لم يتعلق به حق غيره ، فلو كان على المأذون ديون وعين ما في يده . . فأوجه :

أصحها : يتعلق بما فضل عن ديونهم .

والثاني : لا يتعلق الضمان بما في يده ؛ لأنه كالمرهون .

والثالث : يشارك المضمون له الغرماء كسائر الديون .

ومحل الأوجه : إذا لم يحجر عليه بطلب الغرماء ، فإن حجر عليه . . لم يتعلق الضمان بما في يده جزماً .

وَإِلاَّ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِنْ كَانَ مَأْذُوناً لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . تَعَلَّقَ بِمَا فِي يَدِهِ وَمَا يَكْسِبُهُ بَعْدَ ٱلإِذْنِ ، وَإِلاَّ . . فَبِمَا يَكْسِبُهُ . . . .

قال : (وإلا) أي : وإن اقتصر على الإذن في الضمان للعبد ولم يعين له طريقاً (. . **فالأصح : أنه إن كان مأذوناً له في التجارة . . تعلق بما في يده وما يكسبه بعد الإذن**) سواء كان الكسب نادراً أو معتاداً ؛ لأنه عقد يقتضي الغرم صدر بإذن السيد فيتعلق غرمه بما ذكرناه قياساً على النكاح .

والثاني : لا يتعلق برأس المال ، بل بالربح الحاصل والمستقبل .

والثالث : بالمستقبل خاصة .

والرابع ـ وهو المصحح في « التنبيه » ـ : يكون في ذمته إلىٰ أن يعتق ؛ لأنه إنما أذن في الالتزام دون الأداء .

وعلى الأوجه كلها : لا يتعلق بذمة السيد ، ولم يصرح الأصحاب باشتراط علم السيد بمقدار الدين الذي أذن لعبده في ضمانه ، وهو محتمل في المأذون وغيره فالأشبه : اشتراط ذلك[1] .

قال : (**وإلا . . فبما يكسبه**) ؛ قياساً على النكاح .

والثاني : يتعلق بالذمة ؛ لأن الإذن في الالتزام يفيد الاستقلال دون الأداء كما تقدم ، وقيل : يتعلق برقبته ، وفي قول قديم : بذمة السيد كما قيل به في النكاح .

وقوله : (بما يكسبه) المراد : بعد الإذن كما صرح به الرافعي وغيره هنا ، وهـٰذا بخلاف الإذن في النكاح ؛ فإن المؤن وغيرها تتعلق بالأكساب المتجددة بعد عقدة النكاح ؛ لأن مؤن النكاح إنما تجب بالعقد ، والدين ثابت قبل الضمان ، وأيضاً الضمان غرامة محضة بخلاف النكاح فهو قريب من المعاملات .

فروع :

أم الولد والمدبر كالقن في الضمان ، وكذلك المبعض إذا لم تكن مهايأة ، أو كانت وضمن في نوبة السيد ، فإن ضمن في نوبته . . صح قطعاً ، وجوز الرافعي أن يخرج

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

على الخلاف في دخوله في الأكساب النادرة .

والعبد الموقوف قال في « المطلب » : ينبغي أن يجزم بعدم صحة ضمانه إذا قلنا بالمشهور : إنه لا يصح عتقه ؛ لعدم فائدته .

والموصىٰ بمنفعته دون رقبته أو عكسه يظهر : أنه كالقن[١] ، لٰكن هل المعتبر إذن مالك الرقبة أو المنفعة؟ فيه نظر .

وإذا أدى العبد في الرق . . فالرجوع لسيده ، وإن أدىٰ بعد عتقه . . فالرجوع للعبد في الأصح .

قال : (**والأصح : اشتراط معرفة المضمون له**) ؛ لتفاوت الناس في الاستيفاء ، والأغراض تختلف بذلك ، فأشبه معرفة قدر الدين .

والثاني : لا يشترط ؛ لظاهر الآية وحديث أبي قتادة رضي الله عنه ، فإنه لم ينقل فيه العلم بمعرفة الغريم ، والله أعلم .

حادثة :

وقع في فتاوى المتأخرين : أن زيداً عامل عمراً بدين ضمنه خالد ، ثم أقر زيد أن المال الذي عامل فيه كان لبكر ، وتصرف فيه بطريق الوكالة فأفتى الشيخ عز الدين بن عبد السلام وجماعة ببطلان الضمان ؛ لأنه بان أن الضامن لم يعرف المضمون له وقد ضمنه لزيد ، وليس لزيد علىٰ عمرو شيء .

وأفتى ابن الصلاح ووافقه ابن الرفعة وعلماء عصره بالصحة[٢] ، وقالوا : معرفة وكيل المضمون له كمعرفته ، وقد عرف الوكيل فضمانه الدين لزيد أعم من أن يكون زيد مالكاً أو وكيلاً ، والتعليل المذكور في معرفة المضمون له يأبىٰ أن تكون معرفة الوكيل كمعرفة الموكل .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَأَنَّهُ لاَ يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ وَرِضَاهُ . وَلاَ يُشْتَرَطُ رِضَا ٱلْمَضْمُونِ عَنْهُ قَطْعاً ، . . . .

قال : (وأنه لا يشترط قبوله ورضاه) ؛ لما تقدم من عدم التعرض له في الحديث .

والثاني ـ وهو قول ابن سريج وصاحب « الإفصاح » وابن كج ـ : يشترط القبول ؛ لأنه عقد وثيقة فاشترط ذلك فيه كالرهن .

والثالث : لا يشترط القبول بل الرضا ؛ لأن الضمان تجدد له سلطنة ، وتمليك الشخص شيئاً بغير رضاه بعيد .

وعلىٰ هـٰذا : فيكفي رضا الوكيل كما صرح به الماوردي .

ويجوز تقديم الرضا على الضمان ، فإن تأخر عنه . . فهو إجارة إن جوزنا وقف العقود ، وكذا نقله الرافعي عن الإمام وأقره .

وقال الماوردي : يجوز وقوعه بعده قبل مفارقة المجلس ، وجوز رجوع الضامن قبل رضا المضمون له .

وعبر في « المحرر » بقوله : (ولا رضاه) بزيادة : (لا) ولا بد منها ؛ لأن المقصود نفي كل منهما ، لا نفي الهيئة الاجتماعية .

قال : (ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً) ؛ للحديث السابق ، ولأنه يجوز أداء دين الغير بغير إذنه فالتزامه أجوز[1] ، وما ادعاه من القطع تبع فيه « الشرح » و« الروضة » و« النهاية » ، وليس كذلك ، ففي « تعليق القاضي حسين » وجه : أنه يشترط رضاه ، وإليه ذهب الجوري في « شرح المختصر » لـٰكنه بعيد يرده الحديث الصحيح .

وعلم من عبارته أنه لا تشترط حياته ولا يساره أيضاً .

وقال أبو حنيفة : لا يصح ضمان الميت إلا إذا خلف وفاء ، أو كان به ضامن ، ووافقنا علىٰ أنه إذا ضمن عنه في حياته ثم مات معسراً . . أن الضمان لا يبطل .

---

(١) قوله : (أجوز) يخرَّج علىٰ أنه أراد كيفية الجواز ، فهـٰذا مما يجري فيه التفاوت ، أما الجواز نفسه . . فلا تفاوت فيه ، والله أعلم .

وَلاَ مَعْرِفَتُهُ فِي ٱلأَصَحِّ . وَيُشْتَرَطُ فِي ٱلْمَضْمُونِ : كَوْنُهُ ثَابِتاً وَصَحَّحَ ٱلْقَدِيمُ ضَمَانَ مَا سَيَجِبُ . . . .

قال : (**ولا معرفته في الأصح**) كما لا يشترط رضاه .

والثاني : يشترط ؛ ليعرف هل يستحق اصطناع المعروف أو لا ، وصحح هـٰذا الغزالي في « الخلاصة » تبعاً للشيخ أبي محمد .

قال : (**ويشترط في المضمون : كونه ثابتاً**) أي : حال الضمان ، فلا يصح ضمان ما سيجب ببيع أو قرض ، سواء جرىٰ سبب وجوبه كنفقة الغد للمرأة أم لا ؛ لأن الضمان توثقة بالحق فلا يسبق وجوب الحق كالشهادة .

وقوله : (ثابتاً) صفة لموصوف محذوف ، أي : حقاً ثابتاً ، فتدخل فيه الأعيان المضمونة والديون ، سواء كانت مالاً أو عملاً ثابتاً في الذمة بعقد الإجارة ، بخلاف الرهن ؛ فإنه لا يصح على الأعيان كما تقدمت الإشارة إليه بقوله : (شرط المرهون به كونه ديناً ثابتاً لازماً) .

فجملة الشروط التي اعتبرها المصنف تبعاً للرافعي ثلاثة : أن يكون ثابتاً لازماً معلوماً ، واعتبر الغزالي رابعاً وهو : أن يكون قابلاً لأن يتبرع الإنسان به علىٰ غيره ليخرج به حد القصاص وحد القذف والأخذ بالشفعة[1] .

والمراد : أن يكون ثابتاً باعتراف الضامن لا المضمون عنه ، فلو قال شخص : لزيد علىٰ عمرو ألف وأنا ضامنه فأنكر عمرو . . فلزيد المطالبة في الأصح ، قاله الرافعي في آخر (الإقرار بالنسب) ، وسيأتي ذكره في (كتاب الصداق) في تتمة (فصل : نكحها بخمر) .

قال : (**وصحح القديم ضمان ما سيجب**) ؛ لأن الحاجة قد تمس إليه ، وفي قول : إن جرىٰ سبب وجوبه . . صح ، وإلا . . فلا ، وإذا جوزنا ضمان النفقة المستقبلة . . فلا بد من تقديرها بمدة وأن تكون نفقة المعسرين .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّةُ ضَمَانِ ٱلدَّرَكِ بَعْدَ قَبْضِ ٱلثَّمَنِ ، . . . .

وقيل : يجوز ضمان [نفقة][1] الموسر والمتوسط لمن حاله كذلك ، وصححه في « المطلب » .

ويصح ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة ، سواء كانت نفقة الموسرين أو المعسرين ، وكذا ضمان الكسوة والإدام ونفقة الخادم ونفقة اليوم ، وفي نفقة اليوم وجه : أنه لا يصح كالثمن في زمن الخيار ، وهـٰذا يظهر على القول بأن النشوز في أثناء اليوم يسقط نفقة جميعه .

ولا يجوز ضمان نفقة القريب مدة مستقبلة ، وفي نفقة يومه وجهان : أرجحهما عند الشيخ : عدم الصحة[2] ؛ لأن سبيلها سبيل البر والصلة .

قال : (**والمذهب : صحة ضمان الدرك**) ؛ لأن الحاجة تدعو إلىٰ معاملة من لا يعرف ، ويخاف عدم الظفر به لو ظهر الاستحقاق فاحتيج إلى التوثق ، وبهـٰذا قال الأئمة الثلاثة ، وخرج ابن سريج قولاً : إنه لا يصح ؛ لأنه ضمان ما لم يجب .

وجوابه : أنا نشترط في صحته قبض الثمن كما سيأتي ، وقطع بعضهم بالمنصوص ؛ فلذلك عبر المصنف عنه بـ(المذهب) .

و(الدرك) بفتح الدال وبفتح الراء وإسكانها : التبعة ، سميت بذلك ؛ لالتزام الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ، ويسمىٰ أيضاً : ضمان العهدة ، وهي الصك الذي يكتب فيه الثمن ، والفقهاء يعبرون به عن الثمن .

قال : (**بعد قبض الثمن**) ؛ لأن الضامن إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع ، والثمن لا يدخل في ضمانه إلا بالقبض .

وقيل : يصح قبل القبض ؛ لأن المشتري قد لا يثق بتسليم الثمن إلا بعد التوثق .

ومحله بالاتفاق إذا علم الضامن قدر الثمن ، فلو جهله . . قال المتولي : يتخرج علىٰ بيع السلعة برقمها .

---

(١) ما بين حاصرتين زيادة من « الروضة » (٤/ ٢٤٥) .
(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَهُوَ : أَنْ يَضْمَنَ لِلْمُشْتَرِي ٱلثَّمَنَ إِنْ خَرَجَ ٱلْمَبِيعُ مُسْتَحَقّاً أَوْ مَعِيباً أَوْ نَاقِصاً لِنَقْصِ ٱلصَّنْجَةِ . . . .

تنبيه :

ظاهر إطلاق المصنف وغيره : أن المراد القبض الحقيقي ، فلو أحال بالثمن أو صالح عنه . . لم يكف وإن جعلنا الحوالة استيفاء ؛ لأن ذلك ليس بقبض حقيقي ، ولو قبضه في المجلس . . لم يكف أيضاً كما تقدم في (السلم) ، وكذلك لو أبرأه منه ، فقد صرح الماوردي في (باب الربا) بأن أحد العوضين لو كان ديناً وأبرأه منه . . لم يكف ، وعلله بعدم الاستقرار .

وفي « فتاوى البغوي » : إذا أثبت ديناً علىٰ غائب ، وللغائب دار فأمر القاضي ببيعها من المدعي بالدين ، فباع وضمن البائع أو غيره للمدعي الدين ، إن خرجت مستحقة . . لا يصح ؛ لعدم القبض ، وعلىٰ قياسه لو باعها صاحبها بالدين المذكور وضمن دركه . . لا يصح .

قال : (**وهو : أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً**) فيقول : ضمنت لك عهدته أو دركه أو خلاصك منه ، فلو قال : خلاص المبيع . . لم يصح ؛ لأنه لا يستقل بخلاصه بعد ظهور الاستحقاق ، ولو ضمن عهدته إن أخذ المبيع بالشفعة لأجل بيع سابق . . صح .

قال في « المطلب » : والمضمون في هـٰذا الفصل ليس هو رد العين ، وإلا . . كان يلزم أن لا تجب قيمته عند التلف بل المضمون إنما هو ماليته عند تعذر رده ، حتىٰ لو بان الاستحقاق والثمن في يد البائع . . لا يطالب الضامن بقيمته .

قال : (**أو معيباً**) فيضمن رد الثمن إن خرج المبيع معيباً ، ورده للحاجة إليه .

قال : (**أو ناقصاً لنقص الصنجة**) ؛ للاحتياج إلىٰ ذلك أيضاً .

وصورة المسألة : أن يبيع شيئاً بشرط أن وزنه كذا ، فإذا خرج دونه . . بطل البيع علىٰ قول ، ويثبت للمشتري الخيار في قول آخر كما تقدم في بابه[1] ، علىٰ أن ضمان

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

. . . .

العهدة قد يكون للبائع أيضاً ، بأن يخرج الثمن المعين مستحقاً أو ناقصاً ونحو ذلك .

وقوله : (لنقص الصنجة) كتبه المصنف بخطه بـ(اللام) أي : بأن جاء المشتري بصنجة وزن بها ، فاتهمه البائع فيها ، فضمن شخص نقصها إن نقصت ؛ فإنه يصح ، ويقع في بعض النسخ بـ(الكاف) ، وهي أعم من اللام .

و(الصنجة) بفتح الصاد : فارسية معربة ، والجمع : صنج ، ويقال : سنجة ـ بالسين ـ خلافاً لابن السكيت .

تنبيه :

قال الشيخ : قال الأصحاب في (كتاب البيع) : إن ما وجب بكيل أو وزن لا يصح قبضه جزافاً ، ومتىٰ قبضه بكيل أو وزن وادعىٰ بعد ذلك أنه أنقص من حقه نقصاً كثيراً . . لم يقبل قوله في الأصح ، وهـٰهنا قالوا : يقبل ، وما قالوه في البيع محمول علىٰ ما إذا قبض بكيل أو وزن معروف لهما ، وهـٰهنا قبض بصنجة المشتري ، والبائع جاهل بها ولـٰكن اعتمد عليه فهل نقول : إن القبض صحيح اعتماداً علىٰ تصديقه ظاهراً؟ أو نقول : فاسد حتىٰ لا يجوز له التصرف فيما قبضه في الأصح كما إذا قبضه جزافاً؟ لم أر فيه نقلاً ، والأقرب : أنه صحيح ؛ اعتماداً علىٰ ظن الصدق[1] ، ولـٰكن يقبل قوله ؛ لعدم حصول الموافقة على الصنجة[2] .

فروع :

الأول : إذا عين الضامن في ضمانه جهة كخروجه مستحقاً . . لم يطالب بجهة أخرىٰ كالرد بالعيب ، وإن أطلق ضمان العهدة أو الدرك . . طولب عند خروجه مغصوباً أو مستحقاً بشفعة ، فلو بان الفساد بشرط أو غيره أو خرج المبيع معيباً فرده . . فوجهان لم يصحح الرافعي في « الكبير » منهما شيئاً ، و أقربهما في « الشرح الصغير »

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَكَوْنُهُ لاَزِماً ، لاَ كَنُجُومِ كِتَابَةٍ . وَيَصِحُّ ضَمَانُ ٱلثَّمَنِ فِي مُدَّةِ ٱلْخِيَارِ فِي ٱلأَصَحِّ .

وزوائد « الروضة » : عدم المطالبة[1] ، وأجاب في « الحاوي الصغير » بالمطالبة .

الثاني : في صحة ضمان الدرك للمستأجر وجهان حكاهما الرافعي في آخر بابها ، وجزم الشيخ بأن ضمان الدرك في الإجارة كهو في البيع[2] .

الثالث : قال ابن القطان : إذا عقد البيع وكتب في شرطه ، وأن على البائع إن استحق المبيع غرم ما يحدثه المشتري من بناء وغراس . . فالشرط فاسد ؛ لأنه ضمان مجهول ، والحيلة لمن أراد ذلك أن يكتب في الصك : ثم بعد تمام العقد وتفرقهما عن تراض ضمن فلان بن فلان لفلان بن فلان ـ إن خرج المبيع مستحقاً ـ أرشَ ما يحدثه من بناء أو غراس[3] .

قال : (**وكونه لازماً**) أي : حالاً ومآلاً ؛ لأنه وثيقة يستوفىٰ منها الحق فصحت في كل دين لازم وإن لم يكن مستقراً كالرهن .

والمراد بـ(اللازم) : ما يلزم من هو عليه أداؤه عند طلب مستحقه .

قال : (**لا كنجوم كتابة**) كما لا يصح الرهن بها ، وقيل : يصح ، وهو مخرج من الخلاف في ضمان ما لم يجب و جرىٰ سبب وجوبه ، أما ضمان ما على المكاتب من دين لغير سيده . . فإنه يصح .

قال : (**ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصح**) ؛ لأنه آيل إلى اللزوم فألحق به .

والثاني : لا ؛ لعدم اللزوم في الحال .

وقال المتولي : الخلاف مفروض فيما إذا كان الخيار للمشتري ، أو لهما ، فإن كان للبائع وحده . . صح ضمانه بلا خلاف ؛ للزومه في حق من عليه[4] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (هـٰذه الحيلة ضعيفة) .

(٤) في هامش (ك) : (الراجح : أنه إنما يصح ضمان الثمن للبائع إذا كان الخيار للمشتري وحده كما أشار إليه الإمام) .

وَضَمَانُ ٱلْجُعْلِ كَٱلرَّهْنِ بِهِ . وَكَوْنُهُ مَعْلُوماً فِي ٱلْجَدِيدِ . وَٱلإِبْرَاءُ مِنَ ٱلْمَجْهُولِ بَاطِلٌ فِي ٱلْجَدِيدِ ....

قال : (**وضمان الجعل**) في الجديد (**كالرهن به**) ؛ لأن كلاً منهما للتوثق ، وتقدم أنه يصح بعد الفراغ لا قبله ، وعبر بـ(الجديد) ؛ لأن القديم يصحح ضمان ما لم يجب ولا جرىٰ سبب وجوبه فهـٰذا أولىٰ .

وضمان مال المسابقة إن جعلناها إجارة . . صح ، وإلا . . فكالجعل .

قال : (**وكونه معلوماً في الجديد**) ؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فأشبه البيع والإجارة ، فيشترط العلم بالجنس والقدر والصفة .

والقديم : لا يشترط ؛ لأن معرفته متيسرة .

ومحل الخلاف في مجهول تمكن الإحاطة به مثل : أنا ضامن لثمن ما بعت من زيد ، كما مثل به في « المحرر » فإن قال : لشيء منه . . بطل جزماً ، ولو قال : لثمن ما ستبيعه . . بطل على الجديد ؛ للجهالة وعدم الاستقرار .

وإذا شرطنا العلم فوكل . . ففي اشتراط علم الوكيل أيضاً وجهان : أشبههما في « الرافعي » : لا يشترط[1] ، وقال في « الكفاية » : الجمهور على اشتراطه ، والأصح في « الشرح » و« الروضة » : أنه لا يشترط القبول[2] ، وفي (باب الهبة) من « المطلب » : المنصوص اشتراطه .

قال : (**والإبراء من المجهول باطل في الجديد**) سواء في ذلك مجهول العين والقدر والصفة ؛ لأن البراءة متوقفة على الرضا ، والرضا بالمجهول غير معقول ؛ لأنه تمليك .

والقديم : يصح ؛ لأنه إسقاط ، فأشبه ما إذا قطع عبد عضواً من عبد فعفا السيد عن القصاص وهو لا يعلم عين المقطوع . . فإنه يصح ، والمصحح في « الشرح » و« الروضة » : أن الإبراء تمليك ، وفي « الصغير » : أنه إسقاط .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وقال في زوائد « الروضة » في (الرجعة) : المختار : أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين[١] ، وإنما يختلف الراجح بحسب المسائل ؛ لظهور دليل أحد الطرفين .

فروع :

لفظ الترك صريح في الإبراء كما صرح به الروياني ، ولو قال : أبرأتك من الدين شهراً[٢] ، إن قلنا : إسقاط . . صح ، وإن قلنا : تمليك . . فوجهان .

ولو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد أبرأتك . . لم يصح جزماً .

ولو قال : أبرأتك من درهم إلىٰ ألف . . فوجهان ، وقيل : قولان : المنصوص منهما في « البويطي » : الصحة[٣] ، وسيأتي قريباً نظير ذلك من الضمان .

وإذا قال المغتاب لمن اغتابه : اجعلني في حل وهو لا يدري ما اغتابه به فوجهان :

أحدهما : يصح ؛ لأنه محض إسقاط .

والأصح في « الأذكار » : لا يكفي[٤] ؛ لأن المقصود رضاه ولا يمكن الرضا بالمجهول ، لـٰكن أفتى الحناطي بأن الغيبة إذا لم تبلغ المغتاب . . يكفي فيها الندم والاستغفار[٥] ، وأنه لو قال : أبرأتك في الدنيا دون الآخرة . . برىء في الدنيا والآخرة ؛ لأن من برىء في الدنيا برىء في الآخرة .

وقوله له : أنت في حل من كذا هل هو صريح في البراءة أو كناية؟ فيه وجهان[٦] .

قال : (**إلا من إبل الدية**) فتصح البراءة منها وإن كانت مجهولة اللون والصفة ؛ لأنها تثبت في ذمة الجاني مع اغتفار هـٰذه الجهالة فكذا هنا .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٢) في هامش (ك) : (فالأصح : لا يصح) .
(٣) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٤) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٥) رمز في هامش (ك) لصحته .
(٦) في هامش (ك) : (أصحهما : أنه صريح فيها) .

وَيَصِحُّ ضَمَانُهَا فِي ٱلْأَصَحِّ . وَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ مِمَّا لَكَ عَلَىٰ زَيْدٍ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ . . فَٱلْأَصَحُّ : صِحَّتُهُ ، وَأَنَّهُ يَكُونُ ضَامِناً لِعَشَرَةٍ . قُلْتُ : ٱلْأَصَحُّ : لِتِسْعَةٍ ، وَٱللهُ أَعْلَمُ . . . .

قال : (**ويصح ضمانها في الأصح**) قياساً على الإبراء ، ولأنها معلومة السن والعدد ، والمرجع في صفتها ولونها إلىٰ غالب إبل البلد .

والثاني : لا ؛ لأن الإبراء مطلوب مأمور به فسومح فيه ، بخلاف الضمان .

ولا يجوز ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة ؛ لعدم ثبوتها .

قال : (**ولو قال : ضمن مما لك علىٰ زيد من درهم إلىٰ عشرة . . فالأصح : صحته**) ؛ لانتفاء الضرر بذكر الغاية .

والثاني : لا يصح ؛ لجهالة المقدار ، فإنه متردد بين الدرهم والعشرة ، وهـٰذا الوجه أقيس عند الغزالي ، وأصح عند البغوي والروياني .

قال : (**وأنه يكون ضامناً لعشرة**) أي : إذا كانت عليه أو أكثر منها ؛ إدخالاً للطرفين .

قال : (**قلت : الأصح : لتسعة والله أعلم**) ؛ إدخالاً للطرف الأول ، وهـٰذا الذي صححه المصنف في نظيره من الإقرار كما سيأتي .

وقيل : يكون ضامناً لثمانية ؛ إخراجاً للطرفين ، كما لو قال : بعتك من هـٰذا الجدار إلىٰ هـٰذا الجدار . . فإنهما لا يدخلان في البيع ، واختار الشيخ موافقة صاحب « التهذيب » في لزوم عشرة في الضمان والإقرار ، وكأنه قال : له علي دراهم من درهم إلىٰ عشرة .

والغاية إذا كانت بياناً لما قبلها دخل طرفاها كما تقول : قرأت القرآن من فاتحته إلىٰ خاتمته ، وغسلت يدي من رؤوس الأصابع إلى الإبط ، وهـٰذا معنىٰ قولهم : إذا كانت من جنس المغيا . . دخلت .

فَصْلٌ :

ٱلْمَذْهَبُ : صِحَّةُ كَفَالَةِ ٱلْبَدَنِ ، . . . .

تتمة :

قال رجلان : ضمنا ما لك علىٰ زيد ، فهل يطالب كل منهما بجميع الدين أو بنصفه؟ فيه وجهان : أصحهما عند المتولي : بالجميع[1] ، كما لو قالا : رهنا عبدنا علىٰ ألف يكون نصف كل منهما رهناً بجميع الألف ، وبهـٰذا أفتى الشيخ رحمه الله وفقهاء عصره ؛ لأن الضمان وثيقة كالرهن ، ولأنه لو كفل رجلان رجلاً في وقت واحد ، أو في وقتين فسلمه أحدهما قال المزني : يبرأ صاحبه ، وقال ابن سريج والأكثرون : لا يبرأ وهو الأصح ؛ لأن كلاً منهما التزم بإحضار وحده فعليهما إحضاران .

وقال الماوردي والبندنيجي والروياني : إن كلاً منهما يطالب بنصف الألف[2] ، كما لو قالا : اشترينا هـٰذا بألف ، ولعل هـٰذا أحد الوجهين اللذين حكاهما المتولي[3] .

فإن قيل : إذا قال : ألق متاعك في البحر وأنا وركبان السفينة ضامنون وأطلق . . حمل على التقسيط ولزمه ما يخصه فقط . . فلم لا كان هنا كذلك؟ فالجواب : أن هـٰذا ليس بضمان حقيقة ، وإنما هو استدعاء إتلاف مال لمصلحة ، كما سيأتي في موجبات الدية والعاقلة والكفارة .

قال : (**فصل :**

المذهب : صحة كفالة البدن) وهي نوع من الضمان ؛ إذ المضمون ينقسم إلىٰ حق في الذمة وإلىٰ عين ، وتساهل الغزالي في جعله هـٰذا ركناً في الضمان .

---

(١) في هامش (ك) : (غير معتمد) ، وفي هامشها أيضاً : (والأصح : أنه يطالب كل منهما بنصفه كما في المسألة المقيس عليها أيضاً على الراجح فيها) .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (قال الأذرعي : والقلب إليه أميل ؛ لأنه اليقين وشغل ذمة كل واحد بالزائد مشكوك فيه) .

. . . .

وإلىٰ صحتها ذهب الأئمة الثلاثة وكافة العلماء مستدلين بقوله تعالىٰ : ﴿ فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ ﴾ أي : كفيلاً عنه ببدنه .

وبما روى البخاري[1] عن أبي هريرة رضي الله عنه : (أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر رجلاً من بني إسرائيل سأل بعض بني إسرائيل أن يسلفه ألف دينار ، قال : ائتني بالشهود أشهدهم عليك ، قال : كفىٰ بالله شهيداً ، قال : فأتني بكفيل ، قال : كفىٰ بالله كفيلاً . . .) الحديث .

وروى البيهقي [٨/٢٠٦] : أن ابن مسعود رضي الله عنه لما ضرب عنق ابن النواحة حيث أذن في مسجده فقال : أشهد أن مسيلمة رسول الله . . شاور الصحابة في بقية من كان في المسجد حين الأذان ، فقال عدي بن حاتم : ثؤلول كفر قد أطلع رأسه فاحسمه ، وقال غيره : استتبهم ، فإن تابوا . . كفلهم عشائرهم ، وإلا . . قتلوا ، فتابوا فكفلهم عشائرهم . ورواه البخاري في الترجمة بلا إسناد[2] ، وهـٰذا يدل علىٰ إجماعهم علىٰ صحتها .

ولأن بالناس حاجة إليها كما في كفالة المال ، وتسمىٰ أيضاً : كفالة الوجه ، وملخص ما فيها في المذهب طريقان : أصحهما : قولان : الأصح : الصحة .

والثاني : عدمها كالكفالة ببدن الشاهد والزوجة ، ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه ، وإنما يلزمه الخروج مما عليه من الحق ، وهـٰذا هو القياس .

وعلىٰ هـٰذا حمل قول الشافعي رضي الله عنه : كفالة البدن ضعيفة ، أراد من جهة القياس ؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد ، ولأنها ضمان ما لا يقدر علىٰ تسليمه والجواب عن أثر ابن مسعود رضي الله عنه : أنه وقع بعد التوبة ، ثم هو ضمان من عليه حد لله تعالىٰ والخصم يسلِّم عدمَ صحة ضمانه ، وإلىٰ هـٰذا ذهب القفال والجرجاني

---

(١) كتاب الزكاة ، باب ما يستخرج من البحر ، تعليقاً بصيغة الجزم .
(٢) كتاب الحوالة ، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها .

فَإِنْ كَفَلَ بَدَنَ مَنْ عَلَيْهِ مَالٌ . . لَمْ يُشْتَرَطِ ٱلْعِلْمُ بِقَدْرِهِ ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِمَّا يَصِحُّ ضَمَانُهُ . وَٱلْمَذْهَبُ : صِحَّتُهَا بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ لِآدَمِيٍّ كَقِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ ، وَمَنْعُهَا فِي حُدُودِ ٱللهِ تَعَالَىٰ . وَتَصِحُّ بِبَدَنِ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ . . . .

مستدلين بقوله تعالىٰ : ﴿ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ ﴾ .

قال : (**فإن كفل بدن من عليه مال . . لم يشترط العلم بقدره**) ؛ لأنه تكفل بالبدن لا بالمال .

وقيل : **يشترط** ؛ بناء علىٰ أنه لو مات . . غرم الكفيل ما عليه .

قال : (**ويشترط كونه مما يصح ضمانه**) فلا يصح ببدن المكاتب للنجوم التي عليه ؛ لأنه لو ضمن النجوم . . لم يصح .

قال : (**والمذهب : صحتها ببدن من عليه عقوبة لآدمي كقصاص وحد قذف**) ؛ لأنه حق لازم فأشبه المال ، وفي قول : لا ؛ لأن العقوبات مبنية على الدرء ، هـٰذه الطريقة الصحيحة .

والثانية : القطع بالصحة .

والثالثة : القطع بعدمها .

قال : (**ومنعها في حدود الله تعالىٰ**) كحد السرقة والخمر والزنا ؛ للأمر بسترها والسعي في إسقاطها ما أمكن .

وقيل : تصح ؛ قياساً علىٰ حقوق الآدميين ، والأشهر هنا : طريقة القطع بالمنع ، وادعى القاضي أبو الطيب الإجماع عليها .

والثانية : طرد قولين ، والخلاف كالخلاف في ثبوت العقوبات بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضي .

وتعبيره أولاً بـ(الحقوق) وثانياً بـ(الحدود) موافق لتعبير « الروضة » و« أصلها » ، والأول يشمل التعزير بخلاف الثاني .

قال : (**وتصح ببدن صبي ومجنون**) أي : بإذن وليهما ؛ لأنه قد يستحق

إحضارهما لإقامة البينة علىٰ صورتهما في الإتلافات وغيرها إذا لم يعرف الشهود اسمهما ولا نسبهما .

وقال الماوردي : لا يصح التكفل ببدنهما وإن أذن الولي ، ثم إذا صححناها بإذن الولي فزال الحجر . . بطلت مطالبته .

والظاهر : أن المعتبر في كفالة بدن السفيه إذن وليه لا إذنه ، ويحتمل غيره[1] .

قال : (**ومحبوس وغائب**) ؛ لأن حصول المقصود متوقع فكان كضمان المعسر بالمال ، ومنعه أبو حنيفة ؛ لتعذر الحصول في الحال .

وعلى المذهب : لا بد في الغائب من اشتراط الإذن ، ولا فرق فيه بين أن يكون في موضع يلزم الحضور منه إلىٰ مجلس الحكم أو لا ، حتىٰ لو أذن ثم انتقل بعد ذلك إلىٰ بلد بها حاكم ، أو إلىٰ ما فوق مسافة العدوىٰ فوقعت الكفالة بعد ذلك . . صحت ووجب عليه الحضور معه ؛ لأجل إذنه له في ذلك .

قال : (**وميت ليحضره فيشهد علىٰ صورته**) ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلىٰ ذلك إذا شهد عليه من لا يعرف نسبه ، ومحل ذلك قبل الدفن ، فإن دفن . . لم تصح الكفالة جزماً وإليه أشار بقوله : (ليحضره) .

وإذا شرطنا في كفالة الحي الإذن . . فهٰهنا يشترط إذن الوارث ، ويشترط تعيين المكفول ببدنه ، فلو قال : تكفلت ببدن أحد هٰذين . . لم يصح .

وضابط من تصح الكفالة ببدنه : كل من وجب عليه حضور مجلس الحكم عند

---

(١) في هامش (ك) : (ما استظهره الشارح هو ما قاله الأذرعي ، وظاهر كلامهم : اعتبار إذنه حتىٰ لا يكفي إذن الولي ، ويمكن الجمع بينهما بحمل الأول على الحق المالي ، والثاني علىٰ غير الحق المالي ، هكذا جمع بعضهم ، وفي الحقيقة الجمع المذكور لا يتأتىٰ إلا علىٰ قول ضعيف ، وهو : أن الكفالة تفضي إلى الضمان بالمال .
أما على الأصح . . فلا دخل للمال في الكفالة أصلاً .
نعم ؛ يمكن حمل اعتبار إذن الولي علىٰ ما إذا ترتب علىٰ حضوره مع الكفيل تفويت نحو كسب أو مال لا يجعل بدونها ، واعتبار إذن السفيه علىٰ خلافه . كاتبه) .

ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ مَكَانَ ٱلتَّسْلِيمِ . . تَعَيَّنَ ، وَإِلاَّ . . فَمَكَانُهَا . وَيَبْرَأُ ٱلْكَفِيلُ بِتَسْلِيمِهِ فِي مَكَانِ ٱلتَّسْلِيمِ بِلاَ حَائِلٍ كَمُتَغَلِّبٍ . . . .

الطلب لحق الآدمي ، أو وجب علىٰ غيره إحضاره ، فتصح ببدن الكفيل والأجير المعين ، وببدن من ادعىٰ عليه فأنكر وانصرف قبل الحلف ، وكذلك ببدن العبد الآبق لمولاه ويلزم الكفيل السعي في إحضاره ، وببدن المرأة لزوجها ، أو لمن يدعي زوجيتها ، والمودع ونحوه ؛ لأنه يجب عليهما الحضور إذا طلبا لتمكن المرأة من نفسها والمودع من الوديعة ومن عليه حق مالي لله تعالىٰ .

قال : (**ثم إن عين مكان التسليم**) أي : وكان صالحاً (. . **تعين ، وإلا . . فمكانها**) أي : مكان الكفالة ؛ لأن العرف قاض بذلك .

فإن قيل : تقدم في (باب السلم) أن السلم الحال لا يشترط فيه بيان الموضع بلا خلاف ، والأصح في المؤجل : أنه لا بد من بيان الموضع إذا كان لا يصلح للتسليم ، أو يصلح ولـٰكن لنقله مؤنة فما الفرق؟ فالجواب : أن وضع السلم التأجيل ، ووضع الضمان الحلول ، وسيأتي أنه لا يصح تأقيت الكفالة ، وذاك عقد معاوضة وهـٰذا باب غرامة فافترقا[1] .

قال : (**ويبرأ الكفيل بتسليمه في مكان التسليم**) ؛ لقيامه بما وجب عليه ، سواء طالبه به المكفول له أم لا ، فلو أحضره في غير مكان التسليم . . لم يجب قبوله[2] ، لـٰكن يجوز ويبرأ به إذا رضي المكفول له .

قال : (**بلا حائل كمتغلب**) وكذلك الحبس بغير حق لعدم التمكن ، بخلاف حبس الحاكم بالحق ؛ فإنه لا يمنع صحة التسليم لإمكان إحضاره ومطالبته ، فلو أتىٰ به في غير ذلك المكان . . فللمكفول له أن يمتنع إن كان له فيه غرض بأن كان في غير مجلس الحكم ، أو في مكان لا يجد فيه من يعينه علىٰ خصمه ، فإن لم يختلف الغرض . . لزمه قبوله ، فإن امتنع . . رفعه إلى الحاكم ليتسلمه عنه ، فإن لم يكن حاكم . . أشهد شاهدين أنه سلم إليه .

---

(١) في هامش (ك) : (ويفرق أيضاً بأن السلم عقد معاوضة والتكفل محض التزام) .

(٢) في هامش (ك) : (أي : إذا كان له في الامتناع غرض كما سيأتي قريباً) .

وَبِأَنْ يَحْضُرَ ٱلْمَكْفُولُ وَيَقُولَ : سَلَّمْتُ نَفْسِي عَنْ جِهَةِ ٱلْكَفِيلِ ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ حُضُورِهِ . فَإِنْ غَابَ . . لَمْ يَلْزَمِ ٱلْكَفِيلَ إِحْضَارُهُ إِنْ جَهِلَ مَكَانَهُ ، وَإِلاَّ . . فَيَلْزَمُهُ ، وَيُمْهَلُ مُدَّةَ ذَهَابٍ وَإِيَابٍ ، . . . .

قال : (**وبأن يحضر المكفول ويقول : سلمت نفسي عن جهة الكفيل**) كما يبرأ الضامن بأداء الأصيل ، وتسليم الأجنبي بإذن الكفيل كتسليمه وبدون إذنه لا يلزمه قبوله ، فإن قبل . . برىء ، وتسليم الولي كتسليم الكفيل .

وإطلاق المصنف يقتضي : أن الصبي والمجنون إذا سلما أنفسهما عن جهة الكفالة . . كفىٰ ، وفيه نظر ؛ إذ لا حكم لقولهما ، والظاهر أنه إن قبل . . حصل التسليم ، وإلا . . فلا[1] .

قال : (**ولا يكفي مجرد حضوره**) بل لا بد أن يقول : سلمت نفسي عن جهة الكفيل ؛ إذ لا تسليم من الكفيل ولا ممن ينوب عنه ، حتىٰ لو ظفر به خصمه في مجلس حاكم فادعىٰ عليه بتلك الخصومة . . لم يبرأ الكفيل ، قاله القاضي حسين[2] .

ولو تكفل برجل لرجلين فسلمه إلىٰ أحدهما . . لم يبرأ عن حق الآخر .

قال : (**فإن غاب . . لم يلزم الكفيل إحضاره إن جهل مكانه**) ؛ لعدم إمكانه فكان كالمعسر بالدين ، وقال الجوري : يحبس ، وهو شاذ .

قال : (**وإلا**) أي : وإن عرف مكانه والطريق آمن ولم يذهب إلىٰ قوم يمنعونه (**. . فيلزمه**) ؛ لإمكانه ، ومؤنة الإحضار عليه .

قال : (**ويمهل مدة ذهاب وإياب**) أي : على العادة وإن بعدت المسافة ؛ لأنه الممكن ، وقال القاضي حسين : لا يمهل .

فإن كان قد ارتد والتحق بدار الحرب ولم يمكن إحضاره . . لم يجب ، وإن أمكن . . وجب إحضاره منها .

وإن حبس في بلد آخر . . لزمه أن يخرج إليه ويقضي ما عليه ، وإن حبس في البلد

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يُحْضِرْهُ . . حُبِسَ ، وَقِيلَ : إِنْ غَابَ إِلَىٰ مَسَافَةِ ٱلْقَصْرِ . . لَمْ يَلْزَمْهُ إِحْضَارُهُ . وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ إِذَا مَاتَ وَدُفِنَ . . لاَ يُطَالَبُ ٱلْكَفِيلُ بِٱلْمَالِ ، . . . . . .

الذي يجب تسليمه فيها في حبس القاضي . . لم يلزمه إلا أن يحضر مجلس الحكم مع الكفيل ، والحاكم مخير إن شاء أحضره إلىٰ مجلس الحكم وسلمه ثم أعاده إلى الحبس ، وإن شاء وجهه[1] إلى الحبس ليسلمه فيه .

قال : (**فإن مضت**) أي : مدة ذهابه وإيابه (**ولم يحضره** . . **حبس**) ؛ لتقصيره فيما وجب عليه .

وفي « سنن البيهقي » : أن رجلاً خاصم ابناً لشريح إلىٰ شريح كفل له رجلاً عليه دين ، فحبسه شريح ، فلما كان الليل . . أرسل إليه بفراش وطعام .

وإذا حبس . . سعىٰ في تحصيله بالوكيل ، ويدام حبسه إلىٰ أن يتعذر إحضاره بموت ونحوه .

وإذا أدى الدين ثم حضر المكفول . . فالظاهر : أن له استرداده[2] .

قال : (**وقيل : إن غاب إلىٰ مسافة القصر . . لم يلزمه إحضاره**) كما لو غاب الولي أو شاهد الأصل إلىٰ هـٰذه المسافة . . فإنها كالغيبة المنقطعة ، ولا فرق بين أن تطرأ الغيبة أو يكون وقت الكفالة غائباً .

قال : (**والأصح : أنه إذا مات ودفن . . لا يطالب الكفيل بالمال**) ؛ لأنه لم يلتزمه .

والثاني ـ وبه قال مالك ـ : يطالب ؛ لأنه وثيقة كالرهن .

وعلىٰ هـٰذا : هل يطالب بالدين أو بالأقل منه ومن دية المكفول؟ فيه وجهان : المختار منهما في « الروضة » : المطالبة بالدين ، والوجهان يجريان في هربه وتواريه .

وإطلاق المصنف يقتضي : أنه لا فرق على الوجهين بين أن يخلف المكفول وفاء

---

(١) في (ت) و(ك) و(د) : (وجههما) .

(٢) في هامش (ك) : (أي : للكفيل استرداد ما دفعه المكفول له) ورمز له بالصحة .

وَأَنَّهُ لَوْ شُرِطَ مَعَ ٱلْكَفَالَةِ أَنْ يَغْرَمَ ٱلْمَالَ إِنْ فَاتَ ٱلتَّسْلِيمُ . بَطَلَتْ ، وَأَنَّهَا لاَ تَصِحُّ بِغَيْرِ رِضَا ٱلْمَكْفُولِ . . . .

أم لا ، قال الشيخ : وظاهر كلامهم : اختصاصه بما إذا لم يخلف .

واحترز بقوله : (دفن) عما إذا لم يدفن واحتيج إلىٰ إحضاره لإقامة البينة علىٰ عينه . . فالأصح : أن عليه إحضاره لإقامتها .

واحترز بقوله : (بالمال) عما إذا تكفل ببدن من عليه عقوبة ومات . . فإنه لا يطالب بها ، وكذلك إذا تكفل ببدن عبد ومات . . لا شيء عليه ، وكذلك لو كان المكفول زوجة الكافل .

قال : (**وأنه لو شرط مع الكفالة أن يغرم المال إن فات التسليم . . بطلت**) ؛ لأنه خلاف مقتضاها .

وقيل : يصح ؛ بناء علىٰ أنه يغرم عند الإطلاق .

والثالث : تصح الكفالة ويبطل شرط المال ، كما سبق في (القرض) أنه إذا شرط أن يرد مكسراً عن صحيح ، أو أن يقرضه غيره . . بطل الشرط ، ولا يبطل القرض على الأظهر ؛ لأنه زاد خيراً فلم يفسد العقد .

قال : (**وأنها**) أي : كفالة البدن (**لا تصح بغير رضا المكفول**) ؛ لأنه لا ولاية للكفيل عليه حتىٰ تلزمه إجابته .

والثاني : تصح ، قاله ابن سريج ؛ بناء علىٰ قوله : إنه يغرم عند العجز .

وأما المكفول له . . فلا يشترط رضاه على الصحيح ، كما في ضمان المال .

تتمة :

تكفل ببدن الكفيل كفيل ثم كفيل وكذلك من غير حصر . . جاز ؛ قياساً علىٰ ضمان المال ، ثم إذا برىء الأصيل . . برىء الجميع ، وإذا برىء الكفيل الأول . . برىء من بعده ، وإن برىء الأخير . . لا يبرأ من قبله .

ولو مات المكفول له . . بقي الحق لوارثه في الأصح ، وقيل : تبطل .

فَصْلٌ :

يُشْتَرَطُ فِي ٱلضَّمَانِ وَٱلْكَفَالَةِ لَفْظٌ يُشْعِرُ بِٱلِٱلْتِزَام كَضَمِنْتُ دَيْنَكَ عَلَيْهِ ، أَوْ تَحَمَّلْتُهُ ، أَوْ تقَلَّدْتُهُ ، أَوْ تَكَفَّلْتُ بِبَدَنِهِ ، أَوْ أَنَا بِٱلْمَالِ ، أَوْ بِإِحْضَارِ ٱلشَّخْصِ ضَامِنٌ ، أَوْ كَفِيلٌ ، أَوْ زَعِيمٌ ، أَوْ حَمِيلٌ . وَلَوْ قَالَ : أُؤَدِّي ٱلْمَالَ أَوْ أُحْضِرُ ٱلشَّخْصَ . . فَهُوَ وَعْدٌ . . . .

قال : (**فصل** :

يشترط في الضمان والكفالة لفظ يشعر بالالتزام) ؛ لأن الرضا القلبي لا يعرف إلا بذلك ، لـكن تعبيره بـ(اللفظ) يخرج الخط والإشارة من الأخرس ، مع أن الضمان ينعقد بهما .

قال : (**كضمنت دينك عليه ، أو تحملته**) ؛ لاشتهارهما علىٰ ألسنة حملة الشرع ، وكذلك ضمنت لك كذا .

قال : (**أو تقلدته**) ؛ لأنها في معنىٰ ذلك .

قال : (**أو تكفلت ببدنه**) ؛ لدلالتها على المقصود ، وحكم الجزء الشائع كالثلث ونحوه والجزء الذي لا يعيش الشخص بدونه كالوجه والكبد . . حكم جميع البدن كما قاله صاحب « التنبيه » وأقره المصنف عليه[1] ، ولا ترجيح في ذلك في « الشرح » و« الروضة » ، ولو تكفل بشعره . . لم يصح .

قال : (**أو أنا بالمال أو بإحضار الشخص ضامن ، أو كفيل**) ؛ لما تقدم .

قال : (**أو زعيم**) ؛ لثبوتها في الكتاب والسنة .

قال : (**أو حميل**) من الحمالة وكذا قبيل على الأصح ، وكذلك : أنا به صبير .

وفي قوله : دين فلان علي وجهان : أقواهما : أنه ليس بصريح[2] .

قال : (**ولو قال : أؤدي المال أو أحضر الشخص . . فهو وعد**) ؛ لأن صيغته لا تشعر بالالتزام .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ تَعْلِيقُهُمَا بِشَرْطٍ ، وَلاَ تَوْقِيتُ ٱلْكَفَالَةِ ، وَلَوْ نَجَّزَهَا وَشَرَطَ تَأْخِيرَ ٱلإِحْضَارِ شَهْراً . . جَازَ ، وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ ٱلْحَالِّ مُؤَجَّلاً أَجَلاً مَعْلُوماً ، . . . .

قال : في « المطلب » هـٰذا إذا خلا عن القرينة ، فإن اقترن بما يشعر بالالتزام . . فينبغي أن يصح .

قال : (**والأصح : أنه لا يصح تعليقهما بشرط**) أي : كفالة المال والبدن ؛ لأنهما عقدان فلا يقبلان التعليق كالبيع ، وجوز ابن سريج ذلك ؛ لأن القبول لا يشترط فيهما فجاز تعليقهما كالطلاق والعتاق .

والخلاف في كفالة البدن مرتب على الخلاف في كفالة المال .

قال : (**ولا توقيت الكفالة**) قياساً على الضمان .

والثاني : يصح ؛ لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في مدة معينة ، بخلاف المال ؛ فإن المقصود أداؤه .

قال : (**ولو نجزها وشرط تأخير الإحضار شهراً . . جاز**) ؛ لأنه التزام لعمل في الذمة فجاز مؤجلاً قياساً على العمل في الإجارة ، وفيه وقفة للإمام جعلها في « الوسيط » وجهاً ، وكذا في « الشرح الصغير » .

وصورة المسألة أن يقول : ضمنت إحضاره بعد شهر ، وهو كنظيره من الوكالة ، فلو أحضره قبله فامتنع . . فهو كإحضاره في غير مكانه .

قال : (**وأنه يصح ضمان الحالّ مؤجلاً أجلاً معلوماً**) ؛ لأن الحاجة قد تدعو إلىٰ ذلك .

والثاني : يفسد الضمان ؛ لمخالفة الملتزم ما على الأصيل .

والثالث : يصح الضمان ويبطل التأجيل ، والزيادة في الأجل بمثابة أصل التأجيل فتأتي فيه الأوجه ، والذي صححه المصنف هو الأصح ، ووقع في « المحرر » تصحيح أنه لا يصح ، ولك أن تقول : ما الفرق بين هـٰذا وبين ما إذا رهن علىٰ دين حال وشرط

وَأَنَّهُ يَصِحُّ ضَمَانُ ٱلْمُؤَجَّلِ حَالاً ، وَأَنَّهُ لاَ يَلْزَمُهُ ٱلتَّعْجِيلُ . وَلِلْمُسْتَحِقِّ مُطَالَبَةُ ٱلضَّامِنِ وَٱلأَصِيلِ ، ....

في الرهن أجلاً ؛ فإنه لا يصح ولا عكسه كما صرح به الماوردي ، والضمان والرهن كلاهما وثيقة[1]؟

قال : (**وأنه يصح ضمان المؤجل حالاً**) ؛ لأنه تبرع بالتزام التعجيل فصح كأصل الضمان .

والثاني : لا ؛ للمخالفة وصححه الروياني .

وعلى الأصح : لو أطلق الضمان . . ثبت مؤجلاً على الصحيح .

قال : (**وأنه لا يلزمه التعجيل**) كما لو كان عليه دين مؤجل فالتزم تعجيله .

والثاني : يلزمه ما التزم ؛ لأنه صفة لتبرع لازم فكان كما لو نذر عتق عبد مؤمن أو سليم من العيوب ونحو ذلك ، ولا خلاف أن الدين على الأصيل لا يتغير .

قال : (**وللمستحق مطالبة الضامن والأصيل**) أما الضامن . . فلقوله صلى الله عليه وسلم : « الزعيم غارم » وأما الأصيل . . فلأنه لم يبرأ .

وقال مالك وأبو ثور : لا تجوز مطالبة الضامن إلا بعد عجز المضمون عنه ، واختاره ابن أبي هريرة .

وقال ابن جرير : يطالب من شاء منهما ، فإذا طالب أحدهما . . لم يكن له مطالبة الآخر ، والمذهبان شاذان .

وعلى المذهب : له مطالبة أحدهما بالبعض والآخر بالباقي .

وعدل المصنف عن قول « المحرر » : (وللمضمون له) إلىٰ قوله : (المستحق) ؛ ليدخل فيه الوارث ، لـٰكنه يشمل المحتال مع أنه لا يطالب الضامن ؛ لأن ذمته قد برئت كما تقدم .

وشملت عبارة المصنف : ما إذا كان عليه ألف بها رهن وضامن والأصح : أنه إن

---

(١) في هامش (ك) : (يفرق بينهما بأنه يلزم في مسألة الرهن صيرورة الحال مؤجلاً على المديون ، ولا كذلك مسألة الضمان) .

وَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَصِحُّ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ ٱلأَصِيلِ . وَلَوْ أَبْرَأَ ٱلأَصِيلَ . . بَرِئَ ٱلضَّامِنُ ، وَلاَ عَكْسَ . وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا . . حَلَّ عَلَيْهِ دُونَ ٱلآخَرِ . . . .

شاء طالب الضامن ، وإن شاء باع الرهن ، وقيل : ليس له بيع الرهن إلا بعد العجز عن مطالبة الضامن ، وقيل : عكسه .

قال : (**والأصح : أنه لا يصح**) أي : الضمان (**بشرط براءة الأصيل**) ؛ لمنافاته مقتضى العقد .

والثاني : يصح الضمان والشرط ؛ لما رواه جابر رضي الله عنه في قصة ضمان أبي قتادة رضي الله عنه قال : (فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « هما عليك وفي مالك والميت منهما بريء » فقال : نعم ، فصلىٰ عليه) قال الحاكم [٢/٥٨] : صحيح الإسناد[١] .

والثالث : يصح الضمان ويبطل الشرط ، كما لو أعتق عبداً بشرط أن يعطيه شيئاً .

قال : (**ولو أبرأ الأصيل . . بريء الضامن**) ؛ لسقوط الحق .

قال : (**ولا عكس**) ؛ لأنه إسقاط للوثيقة فلا يسقط بها الدين كفك الرهن ، وفي معنى الإبراء : أداء الدين والاعتياض عنه والحوالة به ، فلو عبر بقوله : (بريء)[٢] . . كان أشمل .

قال : (**ولو مات أحدهما . . حل عليه**) الدين (**دون الآخر**) ؛ لأن ذمة الميت خربت ، والحي يرتفق بالأجل ، وقيل : لا يحل على الضامن بموت نفسه ، وقيل : يحل عليه بموت الأصيل .

والجنون والاسترقاق كالموت في الحلول كما تقدم في (الفلس)[٣] .

وعلى الصحيح : لو أخر المستحق المطالبة . . كان للضامن ـ على الأصح ـ أن

---

(١) في هامش (ت) : (وأجيب عن الحديث بأن المراد بقوله : « والميت منهما بريء » : أنك متبرع بأدائهما لا ترجع بشيء منهما على الميت ، يعني : علىٰ تركة الميت ، والله أعلم) .

(٢) في هامش (ك) : (لو عبر بما قاله الشارح . . لم يصح قوله : « ولا عكس » إلا بأن يقيده ويقول : ولا عكس في إبراء) .

(٣) في هامش (ك) : (قد تقدم أن الأصح : عدم حلوله بالجنون) .

وَإِذَا طَالَبَ ٱلْمُسْتَحِقُّ ٱلضَّامِنَ . . فَلَهُ مُطَالَبَةُ ٱلأَصِيلِ بِتَخْلِيصِهِ بِٱلأَدَاءِ إِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ ، . . . .

يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل ، أو إبرائه من الضمان ؛ لأنه قد تهلك التركة ولا يجد مرجعاً .

واستثنىٰ شارح « التعجيز » ما لو ضمن المؤجل حالاً ـ وقلنا بالأصح أنه يكون مؤجلاً ـ فإنه يحل على الضامن بموت الأصيل على الأصح ، وهو حسن[1] .

تحقيق :

الدين الذي على الأصيل هو الذي على الضامن باعتبار ذاته كفرض الكفاية ، وإنما عرض له التعدد باعتبارهما ؛ فلذلك حل علىٰ أحدهما دون الآخر ، ويثبت علىٰ أحدهما حالاً وعلى الآخر مؤجلاً .

قال : (**وإذا طالب المستحق الضامن . . فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه**) قياساً علىٰ تغريمه إذا غرم ، ومعنى التخليص : أن يؤدي دين المضمون له ليبرأ الضامن ، وقيل : ليست له هـٰذه المطالبة ، قال الإمام : وهو متجه في القياس .

وإذا كان المضمون عنه صغيراً ، وطولب الضامن بإذن الولي . . فله مطالبة الولي بالتخليص ما لم يبلغ ، فإذا بلغ . . كان هو المطالب به .

---

(١) في هامش (ت) : (فرع : علىٰ شخص ألف وخمس مئة مؤجلة كل شهر خمسة وعشرون درهماً ، وضمنه ضامن بإذنه ، فمات الضامن فأخذ مستحق الدين جميع تركته فكانت خمس مئة درهم فهل يرجع وارث الضامن على الأصيل بالخمسة والعشرين كل شهر مقدماً على المستحق حتىٰ يستوفي ، أو يتقدم عليه المستحق حتىٰ يستوفي ثم يأخذ وارث الضامن؟ وهـٰذه المسألة وقعت في زماننا .

والصواب الذي لا يتجه غيره : أن وارث الضامن شارك الأصيل في الخمسة والعشرين كل شهر بنسبة دينهما فيقسم عليهما ؛ لأن الضامن إذا أدىٰ . . يرجع على الأصيل إن كان المال حالاً ، وإلا . . فإذا حل ، فإن كان مقسطاً . . رجع بالقسط ، وإن تزاحم المستحق والضامن في الخمسة والعشرين . . فيقتسمان . نقله الغزي في « شرحه على المنهاج ») ورمز له في هامش (ك) بالصحة .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يُطَالِبُهُ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ .

وَلِلضَّامِنِ ٱلرُّجُوعُ عَلَى ٱلأَصِيلِ إِنْ وُجِدَ إِذْنُهُ فِي ٱلضَّمَانِ وَٱلأَدَاءِ ، . . . .

فرع :

إذا حبس المضمون له الضامن هل له حبس الأصيل؟ فيه وجهان :

أصحهما : كما قال الرافعي : لا[١] ، وتابعه عليه في « المطلب » وزاد أنه لا يلازمه بترسيم ولا غيره[٢] .

وصحح الشيخ أن له حبسه قال : وإلا . . فلا فائدة في طلبه[٣] ، بل ينبغي أن يكون له حبسه إذا طولب وإن لم يحبس ؛ ليرهقه إلىٰ تخليصه ، لأن المطلوب إذا علم أنه لا يحبس . . لم يبال بالامتناع .

قال : (**والأصح : أنه لا يطالبه قبل أن يطالب**) ؛ لأنه لم يتوجه إليه خطاب ولم يغرم شيئاً .

والثاني : له المطالبة بالتخليص ، كما لو استعار شيئاً فرهنه . . فإن للمالك مطالبته بفكه .

وفرق الأولون بأن الرهن محبوس بالدين وفيه ضرر ، والضامن ليس محبوساً به .

ومحل الخلاف إذا كان الدين حالاً ، فإن كان مؤجلاً . . لم يكن له مطالبته قطعاً .

قال : (**وللضامن الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء**) ؛ لأنه صرف ماله إلىٰ منفعة غيره بإذنه فكان كما لو قال : اعلف دابتي . . ففعل ، واستدل له البيهقي [٦/ ٧٤] بأن الفضل بن العباس رضي الله عنهما قال : أتاني رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يوعك وعكاً شديداً قد عصب رأسه فقال : « خذ بيدي يا فضل ، قال : فأخذت بيده حتىٰ قعد على المنبر ثم قال : من كنت أخذت منه شيئاً . . فهـٰذا

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) في هامش (ك) : (وهو كما قال) .

(٣) في هامش (ك) : (أجيب بأن فائدتها لا تنحصر في ذلك ، بل من فوائدها : إحضاره مجلس الحكم وتفسيقه إذا امتنع ، بدليل : أن للولد مطالبة والده بدينه وليس له حبسه) .

وَإِنِ ٱنْتَفَىٰ فِيهِمَا . . فَلاَ . وَإِنْ أَذِنَ فِي ٱلضَّمَانِ فَقَطْ . . رَجَعَ فِي ٱلأَصَحِّ ، . . . .

مالي فليأخذ منه ، فقام رجل فقال : يا رسول الله ؛ إن لي عندك ثلاثة دراهم ، فقال : أما أنا فلا أكذب قائلاً ولا أستحلف علىٰ يمين ، فيم كانت لك عندي؟ فقال : أما تذكر أنه مر بك سائل فأمرتني فأعطيته ثلاثة دراهم؟ فقال : أعطه يا فضل » .

وعبارة « المحرر » : (إذا ضمن وأدىٰ بإذنه) وهي أحسن ؛ لأنه لا يلزم من الإذن في الأداء حصول الأداء ، والرجوع متوقف علىٰ نفس الأداء وفي المسألة وجه رمز له صاحب « التقريب » .

أما إذا شرط مع ذلك الرجوع . . فلا خلاف أنه يرجع .

ثم الرجوع في المثلي بالمثلي وفي المتقوم بالمثل الصوري كالقرض على الأصح ، وقيل : بالقيمة .

قال : (**وإن انتفىٰ فيهما . . فلا**) ؛ لأنه متبرع ، وخالف في ذلك مالك وأحمد .

لنا : حديث أبي قتادة رضي الله عنه ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم صلىٰ على الميت ، ولو كان لأبي قتادة رضي الله عنه الرجوع . . لما صلىٰ لبقاء الدين .

قال : (**وإن أذن في الضمان فقط . . رجع في الأصح**) ؛ لأنه أذن في سبب الرجوع والأداء مرتب عليه .

والثاني : لا رجوع . . لأنه غرم بغير إذن .

والثالث : إن طولب ولم تمكنه مراجعة الأصيل لغيبة أو حبس ونحوهما . . رجع ؛ لأنه مضطر إلى الأداء ، وإلا . . فلا .

وقوله : (فقط) يحتمل أمرين :

أحدهما : أن يسكت عن الأداء وهـٰذا واضح .

والثاني : أن ينهاه عنه .

قال شيخنا : ويتجه أن يقال : إن كان النهي بعد الضمان . . لم يؤثر ، وإن كان قبله ، فإن انفصل عن الإذن . . كان رجوعاً عنه ، وإن اتصل به . . أفسده[1] .

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

وَلاَ عَكْسَ فِي ٱلأَصَحِّ . وَلَوْ أَدَّىٰ مُكَسَّراً عَنْ صِحَاحٍ أَوْ صَالَحَ عَنْ مِئَةٍ بِثَوْبٍ قِيمَتُهُ خَمْسُونَ . . فَٱلأَصَحُّ : أَنَّهُ لاَ يَرْجِعُ إِلاَّ بِمَا غَرِمَ . . . .

قال : (**ولا عكس في الأصح**) أي : إذا ضمن بغير إذن وأدى به . . فالأصح : لا يرجع ؛ لأن وجوب الأداء سببه الضمان ولم يأذن فيه .

والثاني : يرجع ؛ لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذنه ، فلو كان الإذن في هـٰذه الصورة بشرط الرجوع . . فالأصح في « الروضة » : أنه يرجع وبه جزم الماوردي[1] .

تنبيهان :

أحدهما : إنما يرجع الضامن حيث يكون قد أدىٰ من ماله ، فإن أدىٰ من يتهم الغارمين . . لم يرجع على الأصح ، كذا قاله الشيخان وغيرهما في (قسم الصداقات) .

الثاني : إحالة الضامن المضمون له وقبوله الحوالة عليه ، ومصالحتهما عن الدين علىٰ عوض ، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه ، كذا وقع في « الشرح » و« الروضة » ، وغلطهما في « المهمات » فيما ذكراه في الميراث[2] ؛ لأن ذمته برئت من الضمان بالإرث ، وأما الحق فباق في ذمة المضمون ، ولا يلزم من براءة ذمة الكفيل براءة ذمة الأصيل ، وحينئذ فله مطالبته وإن ضمن بغير إذن[3] .

قال : (**ولو أدىٰ مكسراً عن صحاح أو صالح عن مئة بثوب قيمته خمسون . . فالأصح : أنه لا يرجع إلا بما غرم**) ؛ لأنه الذي بذله .

والثاني : يرجع بالصحاح والمئة ؛ لحصول براءة الذمة به ، والنقصان جرىٰ من رب الدين مسامحة للضامن .

والثالث : يرجع في المئة لا في الصحاح ؛ لأن غير الجنس يقع عوضاً ، والمكسر

---

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٣) في هامش (ك) : (هـٰذا مرادهما) .

وَمَنْ أَدَّىٰ دَيْنَ غَيْرِهِ بِلاَ ضَمَانٍ وَلاَ إِذْنٍ . . فَلاَ رُجُوعَ ، وَإِنْ أَذِنَ بِشَرْطِ ٱلرُّجُوعِ . . رَجَعَ ، وَكَذَا إِنْ أَذِنَ مُطْلَقاً فِي ٱلأَصَحِّ . . . .

لا يقع عوضاً عن الصحيح ، بل هو مجرد مسامحة ، فلو كانت قيمة الثوب أكثر من مئة . . لم يرجع إلا بمئة .

فلو قال : بعتك هـٰذا الثوب بما ضمنته لك . . فالمختار في « الروضة » : صحة البيع والرجوع بما ضمنه[1] .

ولو ضمن ذمي لذمي ديناً علىٰ مسلم ، ثم تصالحا علىٰ خمر . . فالأصح : أنه لا يرجع ولا يبرأ ؛ لتعلقهما بالمسلم ولا قيمة للخمر .

قال : (**ومن أدىٰ دين غيره بلا ضمان ولا إذن . . فلا رجوع**) ؛ لأنه متبرع ، وخالف ما لو وضع طعامه في فم مضطر حيث يرجع عليه وإن لم يأذن ؛ لأنه واجب عليه استنقاذاً لمهجته .

قال : (**وإن أذن بشرط الرجوع . . رجع**) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم » صححه ابن حبان من رواية أبي هريرة رضي الله عنه .

وفي حكم الإذن بشرط الرجوع التوكيل بالشراء على الأصح ؛ لأن في ضمن أمره بالشراء أمره بدفع الثمن وستأتي المسألة .

قال : (**وكذا إن أذن مطلقاً في الأصح**) ؛ لاقتضاء العرف الرجوع .

والثاني : لا يرجع واختاره الشيخ أبو حامد ؛ لأنه لم يوجد منه إلا الإذن في الأداء كما هو الأصح فيما إذا قال : اغسل ثوبي ولم يسم له أجراً ، لـٰكن الفرق أن المسامحة في المنافع أكثر منها في الأعيان .

والثالث : إن كان حالهما يقتضي الرجوع . . رجع ، وإلا . . فلا ، فلو قال : أدِّ دين فلان . . لم يرجع على الآمر ، وإن قال : أدّ دين ضامني . . فهو كما لو قال : أدّ ديني .

---

(١) في هامش (ك) : (وهو الأصح) .

وَٱلْأَصَحُّ : أَنَّ مُصَالَحَتَهُ عَلَىٰ غَيْرِ جِنْسِ ٱلدَّيْنِ لاَ تَمْنَعُ ٱلرُّجُوعَ . ثُمَّ إِنَّمَا يَرْجِعُ ٱلضَّامِنُ وَٱلْمُؤَدِّي إِذَا أَشْهَدَ بِٱلْأَدَاءِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلاً وَٱمْرَأَتَيْنِ ، وَكَذَا رَجُلٌ لِيَحْلِفَ مَعَهُ فِي ٱلْأَصَحِّ . . . .

قال : (**والأصح : أن مصالحته علىٰ غير جنس الدين لا تمنع الرجوع**) ؛ لأن الإذن إنما يقصد به البراءة وقد حصلت .

والثاني : تمنع ؛ لأنه إنما أُذن في الأداء دون المصالحة[١] .

والثالث : إن قال : أدِّ ما علي من الدراهم مثلاً . . لا يرجع ، وإن قال : أدِّ ديني أو ما علي . . رجع .

فإن قيل : جزموا في الضمان بأن المصالحة لا تمنع الرجوع ، ولم يخرجوه على الخلاف هنا . . فالجواب : أن مصالحة الضامن وقعت عن حق وجب عليه ، بخلاف المأذون له بلا ضمان .

هٰذا في المأذون له إذا صالح علىٰ غير الجنس[٢] ، أما الضامن . . فإنه إذا صالح علىٰ غير جنس الدين . . فإنه يرجع اتفاقاً ، والفرق بينه وبين المأذون : أن مصالحة الضامن وقعت عن حق وجب عليه ؛ لأن الدين ثبت في ذمته ثبوته في ذمة الأصيل ، والمأذون له من غير ضمان ليس كذلك .

قال : (**ثم إنما يرجع الضامن والمؤدي إذا أشهد بالأداء رجلين أو رجلاً وامرأتين**) ؛ لثبوت الحق بكل منهما .

قال : (**وكذا رجل ليحلف معه في الأصح**) ؛ لأنه كاف في إثبات الأموال .

والثاني : لا ؛ لأنهما قد يترافعان إلىٰ من لا يقضي بالشاهد واليمين فنسب في ذلك إلىٰ تقصير .

وصورة هٰذه المسألة : أن يموت الشاهد أو يغيب ويرفع الواقعة إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين ، أما لو حضر وشهد وحلف معه الضامن عند من يحكم به . . فإنه يرجع قطعاً ، كذا نقله في « المطلب » عن جماعة .

---

(١) فهو متبرع .

(٢) وأما إذا صالح على جنس الدين . . فيرجع به .

فَإِنْ لَمْ يُشهِدْ . . فَلاَ رُجُوعَ إِنْ أَدَّىٰ فِي غَيْبَةِ ٱلأَصِيلِ وَكَذَّبَهُ ، وَكَذَا إِنْ صَدَّقَهُ فِي ٱلأَصَحِّ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ٱلْمَضْمُونُ لَهُ أَوْ أَدَّىٰ بِحَضْرَةِ ٱلأَصِيلِ . . رَجَعَ عَلَى ٱلْمَذْهَبِ .

. . . .

ولا يكفي إشهاد من يعلم سفره عن قريب أو موته ؛ لأنه لا يفضي إلىٰ مقصود .

ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين . . رجح الرافعي والمصنف الاكتفاء بذلك ؛ لأنه لا اطلاع له على الباطن .

قال الشيخ : وعندي أنه لا بد أن يكونا معدلين علىٰ حاكم ؛ ليكون معذوراً في خفاء باطن أمرهما ، أما المستور الذي لم يعدله حاكم . . فلا يكفي ، ولو كان هو يعرف عدالتهما وأنهما ممن يزكيان عند الحاجة . . أغنىٰ ذلك عن كونهما معدلين عند الحاكم .

وإن أشهد مستورين فعدلا . . رجع ، وكذا إن أشهد من لا تقبل شهادته ثم صار مقبولاً .

قال : (**فإن لم يشهد . . فلا رجوع إن أدىٰ في غيبة الأصيل وكذبه**) ؛ لأن الأصل عدم الأداء ، وهو بترك الإشهاد مقصر .

قال : (**وكذا إن صدقه في الأصح**) ؛ لأنه لم يؤد ما ينتفع به الأصيل ، لأن طلب الحق مستمر .

والثاني : يرجع ؛ لاعترافه ببراءة ذمته .

ومحل الوجهين : إذا لم يأمره الأصيل بالإشهاد ، فإن أمره به فلم يفعل . . لم يرجع جزماً ، وإن أذن له في تركه . . رجع ، قالهما في « البحر » .

قال : (**فإن صدقه المضمون له أو أدىٰ بحضرة الأصيل . . رجع على المذهب**) .

فيما إذا صدقه المضمون له وجهان :

أصحهما : الرجوع ؛ لسقوط طلب المستحق بإقراره الذي هو أقوىٰ من البينة .

والثاني : لا ؛ لأن قول رب المال ليس حجة على الأصيل .

. . . .

وفيما إذا أدىٰ بحضرة الأصيل. . المنصوص : أنه يرجع ؛ لأن التقصير في تلك الحالة منسوب إلى الأصيل حيث لم يحتط لنفسه بخلاف الغيبة .

وقيل : لا يرجع ، كما لو ترك الإشهاد مع الغيبة ، والمسألتان ليس فيهما طرق إنما عبر في « الروضة » في الأولىٰ بالأصح وفي الثانية بالصحيح .

تتمة :

قال : أشهدت فلاناً وفلاناً فكذباه. . فهو كما لو لم يشهد ، بخلاف ما لو أقرت المرأة بالنكاح بحضرة شاهدين فكذباها ، فإنه لا يقدح في إقرارها علىٰ وجه[1] ؛ لأنها قد أقرت بحق عليها فلم يلغ بإنكارهما ، وهـٰذا يريد أن يثبت له حقاً .

* * *

خاتمة

ضمن عشرة فأدىٰ خمسة وأبرىء عن الباقي لم يرجع إلا بما أدىٰ ، ويبرأ الضامن والأصيل عن الباقي ، وهـٰذه تقدمت في (الصلح) .

وإذا باع من رجلين وشرط أن يكون كل منهما ضامناً عن صاحبه. . بطل البيع ؛ لأنه شرط على المشتري التزام غير الثمن .

وعن القديم : لو كاتب عبدين وشرط أن كلاً منهما ضامن لصاحبه. . جاز ، فيحتمل أن يطرد في البيع ، والمشهور : القطع بالبطلان .

قال الشيخ : وقد رأيت ابن الرفعة في حسبته يمنع أهل الأسواق من البيع مسلماً[2] ، ومعناه : التزام المشتري بما يلزم البائع من الدلالة وغيرها ، ولعله أخذه من هـٰذه المسألة .

* * *

(١) رمز في هامش (ك) لصحته .

(٢) رمز في هامش (ك) لصحته .

فهرس الكتاب

* * *